الاجتهاد بالرأى

القياس - الاستحسان - الاستصلاح - الاستصحاب

تأليف

عبد الوهاب خلاف
أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق
بجامعة فؤاد الأول

الطبعة الأولى

١٣٦٩ هـ — ١٩٥٠ م

يطلب فى الاسكندرية من : مكتبة المنياوى ٤ ميدان إسماعيل

مطبعة دار الكتاب العربي
شارع فاروق بمصر
تليفون ٥٠٩٣٨

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله . والصلاة والسلام على رسل الله . وعلى أئمة المسلمين المجتهدين من الصحابة والتابعين وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين .

أما بعد : فقد قال الإمام الشافعي فى رسالته فى أصول الفقه ما نصه : « كل ما نزل بمسلم ففيه حكم لازم . وعلى سبيل الحق فيه دلالة موجودة . وعليه إذا كان فيه بعينه حكم اتباعه . و إذا لم يكن فيه بعينه طلبُ الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد . والاجتهاد القياس » .

فكل واقعة نزلت بالمسلم فى أى عصر وفى أية بيئة ومن أى نوع كانت لها حكم شرعى . وقد مهد الله للدلالة على هذه الأحكام سبلا واضحة . فإن كان السبيل الذى مهده الله للدلالة على حكمه هو نصه فى كتابه أو على لسان رسوله فعلى المسلم الاهتداء بهذه السبيل . و إن لم ينص الله فى كتابه أو بلسان رسوله على حكمه فى الواقعة فعلى المسلم أن يتعرف على هذا الحكم و يهتدى إلى الوصول إليه من سبيل من السبل التى مهدها الله للاهتداء حيث لا نص .

وقد استعمل علماء أصول الفقة فى تعبيرهم عن التعرف على أحكام الوقائع والاهتداء إليها عدة ألفاظ وهى :

الاجتهاد — والرأى — والاستدلال — والقياس .

ونبدأ ببيان معنى كل لفظ من هذه الألفاظ فى اللغة العربية وفى اصطلاح الأصوليين .

١ — الاجتهاد

الاجتهاد فى اللغة العربية هو بذل الجهد أى الوسع والطاقة فى أى عمل حسى أو معنوى ، فكما يقال لغة اجتهد فى حمل أمتعته يقال اجتهد فى فهم دروسه وحل مشاكله ، ولا يطلق الاجتهاد فى اللغة على مباشرة عمل لا يبذل فيه جهد فلا يقال اجتهد فى حمل ريشة أو نواة ، ومثل الاجتهاد فى هذا الإطاقة ، فلا تطلق الإطاقة فى اللغة على مباشرة عمل لا جهد فيه ولا مشقة ، فيقال هو يطيق حمل الأثقال ولا يقال هو يطيق حمل ريشة أو نواة ويقال للشيخ الهرم الفانى هو يطيق الصوم ولا يقال للقوى المقيم السليم هو يطيق الصوم .

وأما الاجتهاد فى اصطلاح الأصوليين فهو بذل أقصى الجهد للوصول إلى حكم شرعى عملى من دليله التفصيلى باستنباطه من هذا الدليل ، سواء أكان الدليل هو النص إذا كان فى الواقعة نص ، أم غير النص فيما لا نص فيه .

فالمعنى اللغوى للاجتهاد هو بذل أى جهد فى أى عمل ، وأما المعنى الاصطلاحى للاجتهاد فهو بذل أقصى الجهد فى عمل خاص وهو التوصل إلى الحكم الشرعى العملى من دليله الجزئى التفصيلى توصلا بطريق استنباط الحكم من دليله فبذل أدنى الجهد دون اقصاه فى تعرف حكم شرعى عملى هو اجتهاد فى اللغة لا فى اصطلاح الأصوليين .

والاجتهاد فى حل مسألة حسابية ، أو تمرين هندسى ، أو إثبات أية نظرية عقلية أو اجتماعية هو اجتهاد فى اللغة لا فى اصطلاح الأصوليين .

وتعرف الحكم من دليله التفصيلى الذى هو نص قاطع واضح الدلالة على المراد منه لا يسمى فى اصطلاح الأصوليين اجتهاداً لأنه لا يبذل فيه جهد ، فالحكم بأن أولاد المتوفى للذكر منهم مثل حظ الأنثيين فى إرثه ، لا يسمى اجتهاداً فى الاصطلاح وكذلك تعرف الحكم الشرعى من أى نص مفسر قطعي الدلالة ، وكذلك تعرف

الحكم الشرعى العملى من دليله التفصيلى من طريق السؤال عنه والاستفتاء لا من طريق البحث والاستنباط لا يسمى اجتهاداً فى اصطلاح الأصوليين .

٢ — الرأى

الرأى فى اللغة العربية مصدر رأى ، والعرب يفرقون بين مصادر رأى بحسب محالها .

فيقولون فى رأى الُحلُمية رأى كذا فى نومه رؤيا .

ويقولون فى رأى البصرية رأى كذا بعينيه رؤية .

ويقولون فى رأى العقلية رأى فى المسألة رأيا — وهذا هو المراد هنا .

فالرأى فى اللغة هو التدبر والتفكير بالعقل . وقد يطلق الرأى على نفس المرئى من إطلاق المصدر على إسم المفعول ، ولهذا يجمع على آراء ، فيقال آراء سديدة ، أو خاطئة كما يطلق الوقف على الموقوف ، ويجمع على أوقاف .

وأما الرأى فى اصطلاح الشرعيين فيطلق على معان ثلاثة ، بينها ابن القيم فى كتابه إعلام الموقعين ، وهذه خلاصة ما بينه :

— الأول الهوى والميل المطلق عن مراعاة أصول أو مبادئ عامة ، وهذا هو الرأى المذموم . وكل ما جاء من أقوال الصحابة والتابعين فى ذم الرأى فالمراد به هذا المعنى أى الهوى المجرد مع التحلل من كل قيد وعدم الوقوف عند حد ، وهذا يشمل الرأى المخالف للنصوص . ويشمل القول فى الدين بالظن والتخمين من غير إنعام النظر فى النصوص، ومبادئ الشريعة . ويشمل الابتداع والتأويل الفاسد ، والعبث بالنصوص لتتفق وهوى العابث وميوله ، وعلى هذا المعنى يحمل حديث : من قال فى القرآن برأيه فليتبوأ مقعده من النار . وقول أبى بكر : أى سماء تظلنى وأى أرض تقلنى إذا قلت فى كتاب الله برأيى . وقول عمر : إياكم وأصحاب الرأى فإنهم أعداء السنن ، أعيتهم الأحاديث أن يحفظوها ، فقالوا بالرأى فضلوا وأضلوا . وقول على : لو كان الدين بالرأى

لكان باطن الخف أولى بالمسح من ظاهره . وقول ابن عباس : إن الله قال لنبيه : « وأن أحكم بينهم بما أنزل الله » . ولم يقل بما رأيت . . وهذا كله مصداق قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يؤمن أحدكم حتى يكون هواه تبعاً لما جئت به » . فالرأى المذموم هو الهوى الذى يتخذه صاحبه قائده ومتبوعه ، ولو خالف نصوص الدين وأحكامه ومبادئه . ومن متابعة الرأى بهذا المعنى زاغ كثير من الناس ، ونشأت المبتدعة . . والفرق الضالة . والرأى بهذا المعنى يرادف الهوى .

٢ — والثانى التدبر والتفكير فى الأدلة الشرعية فى حدود الشرع وعلى أصوله . فبذل الجهد فى فهم النص، واستنباط الحكم الشرعى منه رأى ، واستنباط الحكم الشرعى فيما لا نص فيه بأمارة من أمارات الاستنباط رأى ، ومن هذا قول أبى بكر وقد سئل عن معنى الكلالة فى قوله تعالى : « وإن كان رجل يورث كلالة » أقول فيها برأيى فإن كان صوابا فمن الله ، وإن كان خطأ فمنى ، الكلالة قرابة غير الولد والوالد . وقول كثير من الصحابة حينما أفتوا فيما لا نص فيه من الوقائع أقول فيها برأيى . فمرادهم من الرأى التدبر والتفكير المقصود به الوصول إلى حكم الشرع استنادا إلى دليل أو أصل شرعى ، لا إلى مجرد الهوى والميل ، ومن هذا ما ورد فى الأثر : ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ، والرأى بهذا المعنى يرادف الاجتهاد .

٣ — والثالث التدبر والتفكير فيما مهده الشارع من الأدلة حيث لا نص . فالاجتهاد فى فهم النصوص واستنباط الأحكام منها ليس اجتهاداً بالرأى . وإنما الاجتهاد بالرأى هو بذل الجهد فى استنباط الأحكام بالقياس ، أو الاستحسان ، أو الاستصلاح ، أو البراءة الأصلية ، أو العرف ، أو غيرها من الأمارات التى اعتبرها الشارع . وقد يحمل على هذا قول معاذ بن جبل لما قال له رسول الله وقد ولاه اليمن : بم تقضى إذا عرض لك قضاء ؟ قال أقضى بكتاب الله ، فإن لم أجد فبسنة رسول الله ، فإن لم أجد أجتهد رأيى ولا آلو فأقره رسول الله وحَمَدَ الله . والرأى بهذا المعنى أخص من الاجتهاد لأنه نوع من أنواعه .

وفقهاء العراق سموا أهل الرأى بهذا المعنى لأنهم عنوا بالاستنباط من معقول النص ، وبالقياس ، والاستحسان ، ولم يقفوا مع ظواهر النصوص ، ولم يتحرجوا من الإفتاء حيث لا نص ، فهم أطلقوا لعقولهم عنان التفكير فى حكم النصوص ومعقولها ، والتوسع فى القياس والاستحسان . وهذا المعنى الثالث للرأى هو الشائع المتبادر فى استعمال الأصوليين ، فالاجتهاد بالرأى أى بالتفكير العقلى هو الاجتهاد حيث لا نص فى استنباط الحكم بغير النصوص من الأدلة والأمارات الشرعية .

٣ — الاستدلال

الاستدلال فى اللغة طلب الدليل للاهتداء إلى أى شىء حسىّ أو معنوى وفى اصطلاح الأصوليين لم تتفق كلمتهم فى المراد منه ، فقال جمهورهم : الاستدلال طلب الدليل الشرعى للتوصل بالنظر الصحيح فيه إلى الحكم الشرعى : سواء أكان الدليل من النصوص ، أم من غير النصوص ، فالاستدلال بهذا المعنى يرادف الاجتهاد أى أنه يعم ما فيه نص وما لا نص فيه .

وقال الشوكانى : الاستدلال هو طلب الدليل الذى ليس بنص ، ولا إجماع ولا قياس للتوصل بالنظر فيه إلى الحكم الشرعى ، وعد من أنواع الاستدلال الاستحسان ، والاستصحاب ، والاستصلاح ، وشرع من قبلنا ، فالاستدلال على هذا نوع من أنواع الاجتهاد .

٤ — القياس

القياس فى اللغة العربية تسوية الشىء بما يماثله ، يقال قاس الثوب بالمتر أى قدر أجزاء الثوب بالمتر مسويا كل جزء منه بمتر . ويقال فلان لا يقاس بفلان أى لا يسوى به ، وسمى كل من المتر ، والذراع ، والقصبة مقياساً ، لأنه أداة القياس أى تقدير الأجزاء .

أما القياس فى اصطلاح الأصوليين فقد اختلفوا فى تعريفه ، وصاغوا تعريفه بعدة صيغ، اختلفت فى بعض ألفاظها ، ولكن جوهر القياس وعمليته وحقيقته عندهم جميعاً واحدة ، ولهذا نعرض عملية قياس شرعى ثم نستعرض التعريفات المختلفة للأصوليين لنرى أى التعريفات أظهر تبييناً للمعرف ومطابقة لعمليته .

إذا دل نص على حكم شرعى فى واقعة واهتدى المجتهد بأى دليل شرعى إلى العلة التى بنى الشارع عليها الحكم فى هذه الواقعة ، ثم وَجَد واقعة أخرى لم يدل نص من الشارع على حكمها ، ووجد فيها العلة التى بنى عليها الشارع الحكم فى واقعة النص ، وحكم بالمساواة بين الواقعتين فى الحكم بناء على تساويهما فى أساس الحكم وهو علته ، فهذا الحكم بالمساواة بين الواقعتين فى الحكم بناء على تساويهما فى علته هو الذى يسمى القياس فى اصطلاح الأصوليين .

مثلاً دل قوله صلى الله عليه وسلم « لا يرث القاتل » على حكم وهو المنع من الإرث فى واقعة وهو الوارث إذا قتل مورثه ، واهتدى المجتهد إلى علة هذا الحكم وهو قتله الذى هو مظنة تعجل الشىء قبل أوانه والقصد السىء للانتفاع ، ثم وجد واقعة أخرى لم يدل نص شرعى على حكمها ، وهى الموصى له إذا قتل الموصى ، أو الموقوف عليه إذا قتل الواقف . ووجد فى كل منهما العلة التى بنى الشارع عليها الحكم فى واقعة النص ، وهى القتل الذى هو مظنة تعجل الشىء قبل أوانه والقصد السىء للانتفاع ، فحكم بأن الموصى له إذا قتل الموصى يحرم من الوصية ، والموقوف عليه إذا قتل الواقف يحرم من الاستحقاق ، كما أن الوارث إذا قتل مورثه يمنع من الإرث ، فهذه التسوية بين الوقائع فى الحكم بناء على تساويها فى علته هى التى تسمى فى اصطلاح الأصوليين القياس .

فعملية القياس فيها اهتداء إلى علة الحكم فى واقعة النص . وفيها الحكم بتساوى واقعة النص والواقعة المسكوت عنها فى تحقق العلة فيهما . وفيها الحكم على الواقعة المسكوت عنها بالحكم الثابت لواقعة النص .

فهى عملية ذات أجزاء ، و ينتقل فيها المجتهد من مرحلة إلى مرحلة ، ومن أجل اختلاف النظر إلى أجزاء عملية القياس ومراحلها اختلفت عبارات الأصوليين فى تعريفه .

فعرفه البيضاوى فى كتابه المنهاج بقوله : « القياس إثبات مثل حكم معلوم فى معلوم آخر لمشاركته له فى علة حكمه عند المثبت » .

ويؤخذ على هذا التعريف أن لفظ — إثبات — يوهم أن القياس ينشي به المجتهد ويثبت به حكما فى الفرع مع أن المجتهد بالقياس إنما يظهر ويكشف حكم الشارع فى الفرع ، وأن لفظ — مثل — زيادة لا مسوغ لها ، لأن حكم الشارع هو خطابه المتعلق بفعل المكلف ، والقياس يظهر أن خطاب الشارع المتعلق بالأصل متعلق أيضاً بالفرع . وأن لفظ — عند المثبت — تصريح بمفهوم لأن عملية القياس إنما هى بحسب غلبة الظن من المجتهد لا بحسب الواقع ونفس الأمر لأنه ما دام لا نص صراحة على العلة فالواقع لا يعلمه على سبيل القطع إلا الله .

وعرفه ابن السبكى فى كتابه جمع الجوامع بقوله : « القياس حمل معلوم على معلوم لمساواته له فى علة حكمه عند الحامل » .

ويؤخذ على هذا التعريف أن لفظ — حمل — ظاهره أن المحمول وهو الفرع والمحمول عليه وهو الأصل يصدقان على شىء واحد لأنه لا حمل إلا مع هذا وهو غير صحيح لأن واقعة الأصل غير واقعة الفرع ، ولا حمل مع تغاير ما يصدق عليه كل منهما — ولفظ عند الحامل فى هذا التعريف — هو مثل عند المثبت فى التعريف الأول .

وعرفه ابن الحاجب فى مختصره بقوله: «القياس مساواة فرع لأصل فى علة حكمه»

ويؤخذ على هذا التعريف أنه ليس تعريفاً لعملية القياس التى يجريها المجتهد وإنما هو تبيين لتساوى فرع وأصله فى علة الحكم ، وهذه المساواة ليست من عمل المجتهد ، لأن عمل المجتهد هو تسوية نبيذ التمر بالخمر فى التحريم لتساويهما فى أن كلا منهما مسكر ، وأما مساواة نبيذ التمر للخمر فى الإسكار فليست من عمل المجتهد ، والتعريف إنما هو للقياس الذى هو نوع من اجتهاد المجتهد .

وعرفه صدر الشريعة فى كتابه تنقيح الأصول بقوله : « القياس تعدية حكم من الأصل إلى الفرع بعلة متحدة لا تعرف بمجرد فهم اللغة » .

ويؤخذ على هذا التعريف أن كلمة تعدية توهم أن الحكم يتعدى ويتجاوز الأصل إلى الفرع وليس الأمر كذلك .

ومن النظر فى هذه التعريفات يتبين أنها متقاربة وأن أبعدها عن الدلالة على عملية القياس هو تعريف ابن الحاجب ، وأرى أن التعريف الواضح المطابق لعملية القياس هو : « القياس تسوية واقعة لم يدل نص على حكمها ، بواقعة دل نص على حكمها فى الحكم الذى دل عليه النص لتساوى الواقعتين فى علته » . ولو استبدلت كلمة إلحاق واقعة بكلمة تسوية واقعة كانت ظاهرة أيضاً فى الدلالة .

وهذه عدة أمثلة من الأقيسة فى أحكام شرعية وأحكام وضعية تزيد التعريف وضوحاً :

١ — شرب الخمر : دل النص على تحريمه وهو قوله تعالى « فاجتنبوه » وعلة تحريمه أنه مسكر . وشرب أى نبيذ آخر هو مثل الخمر فى الإسكار ولم يدل نص على تحريمه فيسوى بالخمر فى حكمه ويحرم .

٢ — البيع وقت النداء للصلاة من يوم الجمعة : دل النص على تحريمه وهو قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع » وعلة تحريمه أنه يشغل عن الصلاة . والإجارة والمداينة وأية معاملة أخرى هى مثل البيع فى الشغل عن الصلاة ، ولم يدل نص على تحريمها فتسوى بالبيع وقت النداء للصلاة من يوم الجمعة وتحرم .

٣ — قتل الوارث مورثه : دل النص على أنه مانع من الإرث وهو قوله صلى الله عليه وسلم — لا يرث القاتل — وعلة منعه من إرثه أن فعله استعجال للشىء قبل أوانه فيعاقب بحرمانه وأنه جرم مراد به غنم فيرد على المجرم قصده السىء . وقتل الموصى له للموصى ، وقتل الموقوف عليه للواقف هو مثل قتل الوارث للمورث، ولم يدل

نص على حكمه فيسوى به فى الحكم، ويمنع الموصى له القاتل من الوصية ويمنع الموقوف عليه القاتل من الاستحقاق كما منع الوارث القاتل من الإرث .

٤ — البكر : الصغيرة دل النص على ثبوت الولاية عليها لوليها فى تزويجها وعلته صغرها الذى هو مظنة قصور عقلها . والثيب الصغيرة هى مثل البكر الصغيرة فى صغرها وقصور عقلها فتسوى بها ، وتثبت عليها لوليها ولاية تزويجها .

٥ — توقيع الورقة بالإمضاء : دل النص فى القانون المدنى على أنه يجعل الورقة حجة على من أمضاها ، وعلته أن توقيعه دال على شخصه ، وبصم الورقة بالأصبع هو مثل التوقيع عليها بالإمضاء فى الدلالة على شخص الباصم ولم يدل نص على حكمه فيسوى بالتوقيع فى الحكم .

٦ — إذا سرق أحد الزوجين من الآخر ، أو أحد الفروع من أصوله والأصول من فروعه : دل نص قانون العقوبات على أنه لا يحكم فى هذه السرقة بعقوبة ما ، وعلته أن صلة الزوجية والقرابة تجعل للسارق شبهة تدرأ بها العقوبة . وغصب أحد هؤلاء مال الآخر أو تبديده هو مثل السرقة فيقاس بها ولا يحكم فيه بعقوبة ما .

٧ — التاريخ يثبت فى المحررات غير الرسمية بوسيلة من الوسائل : نص عليها القانون المدنى وعلته أن وسيلة من هذه الوسائل تجعل للتاريخ صفة رسمية . والورقة المقدمة فى القضية التى تتناولها المرافعة بالجلسة التى نظرت فيها هى مثل وسيلة من تلك الوسائل فيثبت تاريخها من يوم الجلسة التى نظرت فيها .

بحوث متعلقة بتعريف القياس

(الأول) الفرق بين الاجتهاد والقياس :

من المقارنة بين تعريفى الاجتهاد والقياس يتبين الفرق بينهما وهو أن الاجتهاد أعم من القياس ، لأن الاجتهاد يشمل بذل الجهد فيما فيه نص للوصول إلى الحكم الشرعى الذى دل عليه النص فيه ، ويشمل بذل الجهد فيما لا نص فيه للوصول إلى

حكمه الشرعى بالقياس ، أو الاستحسان ، أو الاستصلاح ، أو الاستصحاب ، أو أى طريق من طرق الاستنباط فيما لا نص فيه . وأما القياس فهو بذل الجهد فيما لا نص فيه لإلحاقه بما فيه نص والتسوية بينهما فى الحكم . فمجال الاجتهاد كل ما يقع للمكلف من وقائع سواء أكانت فيها نصوص أم لم يكن فيها نصوص وسواء أكانت من العبادات أم العقوبات ، أم المعاملات ، أم من أى نوع من أنواع الوقائع والحوادث . وطرقه متعددة تشمل بذل الجهد فى فهم النصوص وفى التوفيق بين ما ظاهره التعارض منها ، وفى الترجيح والتأويل ، وتشمل بذل الجهد فيما لا نص فيه بالقياس وغيره . وأما مجال القياس فهو الوقائع التى لم ترد فيها نصوص وليست فى العبادات أو الحدود أو الكفارات أو غيرها من التعبديات التى لا تدرك عللها ولا مجال للقياس فيها . وطريقه واحدة وهى البحث فى علة حكم الأصل لتسوى به فى حكمه كل واقعة ساوته فى علته . فكل قياس هو اجتهاد وليس كل اجتهاد بقياس .

(الثانى) الفرق بين القياس ومفهوم الموافقة :

إذا دل نص على حكم فى واقعة لعلة فيها ووجدت هذه العلة متحققة فى واقعة أخرى مثل تحققها فى واقعة النص أو أكثر تحققا وكان إدراك تحقق العلة فى الواقعة الأخرى من الوضوح بحيث يكفى فيه الفهم اللغوى لعبارة النص ولا يحتاج إلى اجتهاد فإن الواقعة الأخرى المسكوت عنها يحكم فيها بالحكم الذي ثبت لواقعة النص ويكون النص دالا على حكمين على حكمه فى الواقعة التى ذكرت فيه وهذا هو منطوق النص وعلى حكمه فى الواقعة التى لم تذكر فيه ولكنها ساوت واقعته فى علة الحكم مساواة ظاهرة جلية ، وهذا هو مفهوم النص الموافق وبتعبير آخر يكون النص مستفاداً منه حكمان حكم من عبارته وهو حكمه فى الواقعة المذكورة فيه ، وحكم من دلالته وهو حكمه فى الواقعة التى لم تذكر فيه ولكن تحققت فيها علة الحكم بجلاء ، مثلا قال الله تعالى فى شأن الوالدين : « إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف » استفيد من عبارة هذا النص تحريم أن يقول الولد لوالديه هذا اللفظ « أف » أى

أتضجر ، واستفيد من دلالته تحريم أن يقذفهما ، أو يضربهما ، أو ينهرهما ، لأن هذه الوقائع متحققة فيها علة التحريم لقول أف بل هى أكثر تحققاً فيها والفقرة الثانية من المادة ق ع استفيد من عبارتها أن لزوجها أن يقف تنفيذ هذا الحكم برضاه معاشرتها ، واستفيد من دلالتها أن له أن يقف السير فى إجراءات الدعوى لأن علة منحه الحق فى وقف تنفيذ الحكم تقتضى هذا بالأولى ، وهذا الحكم المستفاد من دلالة النص يسمى مفهوم الموافقة ، وقد اختلف العلماء هل هو مدلول النص أى أنه مستفاد من النص ، أو هو مستفاد بالقياس لأنه تسوية واقعة مسكوت عنها بواقعة منصوص عليها فى الحكم الذى ورد به النص لاشتراك الواقعتين فى علته . والحق أنه مستفاد من النص وليس مستفاداً بالقياس ، والفرق بين مفهوم الموافقة و بين حكم القياس أن مفهوم الموافقة يدرك فيه تساوى الواقعة المسكوت عنها وواقعة النص فى العلة بمجرد فهم اللغة ومن غير عملية استنباط فالولد يفهم لغة من نهيه عن أن يقول لوالديه أف نهيه عن كل إيذاء و إيلام من غير إجراء قياس وهذا فهم من النص ، غاية الأمر أنه ليس فهماً من عبارته و إنما هو فهم من روحه ومعقوله ، ولهذا أسمينا ما فهم من عبارة النص منطوق النص وما فهم من دلالة النص وروحه ومعقوله مفهومه الموافق ، ومن أجل هذا زاد بعضهم فى تعريف القياس قوله : لتساوى الواقعتين فى علة حكم الأصل التى لا يدرك تحققها فى الفرع بمجرد فهم اللغة . وهذا للاحتراز عن دلالة النص أى مفهوم الموافقة .

(الثالث) القياس ظنى الدلالة على حكم الفرع أو قطعى :

يؤخذ من تعريف القياس أن أساس كل قياس هو معرفة علة حكم الأصل لأنه بناء على تساوى الأصل والفرع فى هذه العلة يحكم بتساويهما فى الحكم ، وعلى هذا إذا كانت علة حكم الأصل تدرك على سبيل القطع والجزم بأن دل عليها نص قطعى وقطع بوجودها فى الفرع فالقياس قطعى الدلالة على حكم الفرع لأن النص على أن علة الحكم هو هذا الوصف المعين نص على ثبوت الحكم في كل محل يوجد فيه هذا الوصف لأن المعلول يوجد حيث توجد علته فقوله تعالى فى المحيض : « قل هو أذى

فاعتزلوا النساء فى المحيض » نص على ثبوت إيجاب اعتزالهن فى كل ما هو أذى .
ولو فرض أن الشارع نص على أنه حرم الخمر لإسكاره كما روى « كل مسكر خمر وكل مسكر حرام » فهو نص على تحريم كل مسكر . ففى حال النص على علة الحكم القياس من باب تطبيق النص ولهذا يحتج به كثير من نفاة القياس .

وأما إذا كانت علة حكم الأصل غير منصوص عليها واستنبطها المجتهد بمسلك من مسالك العلة الآتى بيانها فهى علة ظنية والقياس المبنى عليها ظنى الدلالة على حكم الفرع وهذا هو أكثر الأقيسة وهو الذى اختلف فى حجيته ، وهو الذى لا تثبت به الحدود لأنها تدرأ بالشبهات .

(الرابع) القياس مظهر حكم الفرع لا مثبته :

المراد بهذا أن القياس يظهر حكم الشريعة فى الفرع ولا يثبت حكما لم يكن ثابتا من قبل . وبرهان هذا أن كل واقعة من الوقائع لها فى الشريعة الاسلامية حكم ، وهذه الأحكام بعضها كشفها الشارع بنصوصه وبعضها لم يكشفها بنصوصه ولكن أقام عليها أدلة تكشفها باجتهاد المجتهد . فالمجتهد بالقياس أو بالاستحسان أو بالاستصحاب أو بالمصلحة المرسلة إنما يكشف ويظهر حكم الشريعة فى الواقعة المعروضة ولا يثبت ولا ينشئ حكمها من عنده . فالقائس إذا توصل إلى أن علة تحريم الخمر الإسكار توصل إلى أن التحريم هو حكم الشريعة فى كل مسكر ، وأظهر أن هذا التحريم هو حكم الشريعة فى نبيذ التمر ونبيذ الشعير وكل مسكر ويؤيد هذا قول الشافعى رحمه الله : « وعلى المسلم إذا لم يكن فيما نزل به حكم بعينه طلبُ الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد وهو القياس » فالاجتهاد يدل على حكم الشارع فى الواقعة ولا ينشئه . ومن هذا يظهر وضوح عبارة من عرف القياس بأنه تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع ، وعدم وضوح عبارة من قال فى تعريفه إنه إثبات مثل حكم الأصل فى الفرع ، ولو كان القائس يثبت وينشئ حكما ما كان حكمه شرعيا ولا كان القياس حجة شرعية لأن حجية القياس مبنية على أن الشريعة إذا حكمت حكمها

فى واقعة لعلة غلب على الظن أن حكمها كذلك فى كل واقعة تحققت فيها هذه العلة وكل ما غلب على الظن أنه حكم الله وجب، اتباعه فالقياس مظهر وكاشف أن الفرع الذى تحققت علة حكم الأصل فيه، حكم الشريعة فيه هو حكم الأصل والمراد أنه كاشف ومظهر حكم الشريعة فى الفرع حسب غلبة ظن المجتهد لا حسب الحقيقة والواقع لأن الحقيقة والواقع لا يعلمهما إلا الله، وإنما نكلف حسب ما يوصلنا إليه إدراكنا وغلبة ظننا. فكون الوصف المعين هو علة الحكم فى الأصل إنما هو حسب غلبة ظن المجتهد وكذلك تساوى الفرع فى الأصل فى هذه العلة وتساويهما فى الحكم، ولهذا زاد بعضهم فى تعريف القياس قوله لاشتراك الفرع والأصل فى علة الحكم عند المثبت أى لا فى الواقع وحسب علم الله.

حجيـــة القياس

أول ما يعنى به الأصولى من بحوث أى دليل شرعى بعد تعريفه، و بيان حقيقته هو البحث فى حجيته أى فى البرهان على أنه حجة ومصدر تشريعى يجب العمل بما دل عليه، لأن الحكم المستفاد منه لا يكون قانوناً ملزماً إلا إذا ثبت أنه حكم شرعى صادر عن دليل أقر الشارع الإسلامى الاستدلال به، ولهذا نبحث فى حجية القياس.

لا يعرف خلاف بين من يعتد بهم من علماء المسلمين فى أن القياس حجة شرعية يجب العمل بالحكم الدال عليه فى حالتين. إحداهما: إذا كان مبنياً على علة منصوص عليها، لأن النص على علة الحكم نص على ثبوت الحكم فى كل واقعة توجد فيها هذه العلة، وثانيتهما: إذا كان القياس من أقيسة الرسول صلى الله عليه وسلم، لأن الرسول إذا قاس وأقره الله على قياسه، فعن الله عللّ، وعن الله أثبت الحكم فى الفرع.

وأما القياس حيث لا نص على علة الحكم من غير الرسول المعصوم فقد اختلف العلماء فى أنه حجة شرعية، وتشعبت آراؤهم عدة شعب، وأظهر هذه الآراء اثنان: رأى جمهور علماء المسلمين من الأصوليين والفقهاء المتكلمين، وهو أنه حجة شرعية

على الأحكام العملية ، ودليل إقامه الشارع للاستدلال به على حكم مالا نص فيه من الوقائع ، و يطلق على هؤلاء مثبتو القياس ورأى النظام وأتباعه وداود الظاهرى وأتباعه وفرق من الشيعة وهو أنه ليس حجة شرعية ولا يصح الاستدلال به على حكم شرعى ، و يطلق على هؤلاء نفاة القياس ، ومن هؤلاء من غلوا وأنكروا حجية القياس والاستدلال به ولو كانت علة حكم الأصل منصوصاً عليها كأتباع داود الظاهرى .

وقد تنوعت المسالك فى إيراد حجج الفريقين وشبههم ، وكل باحث قد سلك المسلك الذى يوصل إلى تأييد ما يرجحه من إثبات أو نفى . فالإمام الشوكانى فى كتابه إرشاد الفحول لأنه من نفاة القياس سلك مسلك أن الأصل عدم حجية القياس ، وأنه ليس على نفاة القياس أن يقيموا دليلا على عدم حجيته وهم فى مقام المنع أى طلب الدليل من مثبتيه ، وعلى مثبتى حجيته إقامة الدليل . وأورد أدلتهم وأتبع كل دليل بما يفنده حسب زعمه .

ونحن نورد أظهر أدلة مثبتى القياس وأظهر أدلة نفاته ، ونتبع كل دليل من أدلة نفاته بما ينقضه ، وندفع أظهر شبههم ليخاص لنا إن شاء الله الحق الذى يدين به جمهور علماء المسلمين وتقره الفطرة السليمة ، وهو حجية القياس .

أدلة مثبتى القياس الذين يحتجون به :

استدل مثبتو القياس بالقرآن ، و بالسنة ، و بأقوال الصحابة وأفعالهم ، و بالمعقول :

١ — أما القرآن فأظهر ما استدلوا به من آياته ثلاث آيات :

الآية الأولى : قوله تعالى فى سورة النساء : « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم . فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله و إلى الرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا » . ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الله سبحانه أمر المؤمنين إن تنازعوا واختلفوا فى شىء ليس لله ولا لرسوله ولا لأولى الأمر منهم فيه حكم أن يردوه إلى الله و إلى الرسول ، ورده أى إرجاعه إلى الله و إلى الرسول بإطلاقه يشمل كل ما يصدق عليه أنه رد إليهما . ولا شك أن إلحاق مالا نص

الآية الثانية : قوله تعالى فى سورة الحشر : « هو الذى أخرج الذين كفروا من أهل الـكتاب من ديارهم لأول الحشر ماظننتم أن يخرجوا . وظنوا أنهم ما نعتهم حصـونهم من الله . فآتاهم الله من حيث لم يحتسبوا . وقذف فى قلوبهم الرعب يخربون بيوتهم بأيديهم وأيدى المؤمنين . فاعتبروا يا أولى الأبصار » وموضـع الاستدلال قوله سبحانه « فاعتبروا » ووجه الاستدلال أن الله سبحانه بعد أن قص ما كان من بنى النضير الذين كفروا وما حاق بهم من حيث لم يحتسبوا ، قال فاعتبروا يا أولى الأبصـار ، أى فقيسوا أنفسكم بهم لأنكم أناس مثلهم إن فعلتم مثل فعلهم حاق بكم مثل ما حاق بهم .

وهذا يدل على أن سنة الله فى كونه أن نعمه ونقمه وجميع أحكامه هى نتائج لمقدمات أنتجتها ، ومسببات لأسـباب ترتبت عليها ، وأنه حيث وجدت المقدمات نتجت نتائجها وحيث وجدت الأسـباب ترتبت عليها أسبابها ، وما القياس إلا سير على السنن الإلهى وترتيب المسبب على سببه فى أى محل وجد فيه ، وهذا هو الذى يدل عليه قوله سبحانه فاعتبروا . وقوله : « إن فى ذلك لعبرة » وقوله : « لقد كان فى قصصهم عبرة » سواء فسر الاعتبار بالعبور أي المرور أو فسر بالاتعاظ فهو تقرير لأن سنة الله فى خلقه أن ماجرى على النظير يجرى على نظيره . ألا ترى أنه إذا فصل موظف من وظيفته لأنه ارتشى فقال الرئيس لإخوانه الموظفين : إن فى هذا لعبرة لـكم أو اعتبروا لا يفهم من قوله إلا أنكم مثله فإن فعلتم فعله عوقبتم عقابه ولا عبرة بشخصه .

الآية الثالثة : قوله تعالى فى سورة يس : « قل يحييهـا الذى أنشأها أول مرة » جواباً لمن قال : من يحيي العظام وهى رميم . ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الله سبحانه استدل بالقياس على ما أنكره منكرو البعث . فإن الله سبحانه قاس إعادة المخلوقات بعد فنائها على بدء خلقها و إنشائها أول مرة لإقناع الجاحدين بأن من قدر على بدء خلق الشيء و إنشائه أول مرة قادر على أن يعيده ، بل هذا أهون عليه فهذا الاستدلال بالقياس إقرار لحجيته وصحة الاستدلال به .

وهذه الآيات الدالة على حجية القياس أيدها فى دلالتها أن الله سبحانه فى عدة آيات من آيات الأحكام قرن الحكم بعلته مثل قوله سبحانه فى المحيض : « قل هو أذى فاعتزلوا النساء فى المحيض » وقوله فى إباحة التيمم : «ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج » وفى هذا إرشاد إلى أن الأحكام مبنية على المصالح ومرتبطة بالأسباب وإشارة إلى أن الحكم يوجد حيث يوجد سببه وما بنى عليه .

٢ — وأما السنة فأظهر ما استدلوا به منها دليلان الأول حديث معاذ بن جبل الذى رواه أحمد وأبو داود أن رسول الله لماأراد أن يبعث معاذاً إلى اليمن قال له : كيف تقضى إذا عرض لك قضاء ؟ قال : أقضى بكتاب الله ، فإن لم أجد فبسنة رسول الله ، فإن لم أجد اجتهد رأيي ولا آلو . فضرب رسول الله صدره وقال : الحمد لله الذى وفق رسول الله لما يرضى رسول الله . ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن رسول الله أقر معاذا على أنه يجتهد إذا لم يجد نصاً يقضى به فى الكتاب والسنة . والاجتهاد بذل الجهد للوصول إلى الحكم ، وهو بهذا الإطلاق يشمل القياس لأنه نوع من الاجتهاد والاستدلال ، والرسول لم يقره على نوع من الاستدلال دون نوع .

والثانى ما ثبت فى صحاح السنة من أن رسول الله فى كثير من الوقائع التى عرضت عليه ولم يوح إليه بحكمها استدل على حكمها بطريق القياس ، وفعل الرسول فى هذا الأمر العام تشريع لأمته ، ولم يقم دليل على اختصاصه به فالقياس فيما لا نص فيه من سنن الرسول ولأمته فيه أسوة .

وورد أن جارية خثعمية قالت : يارسول الله إن أبى أدركته فريضة الحج شيخاً زمناً لا يستطيع أن يحج ، إن حججت عنه أينفعه ذلك ؟ فقال لها : أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته أكان ينفعه ذلك ؟ قالت نعم ، قال فدين الله أحق بالقضاء .

وورد أن عمر سأل الرسول عن قبلة الصائم من غير إنزال ، فقال له الرسول : أرأيت لو تمضمضت من الماء وأنت صائم ؟ قال عمر : قلت لا بأس بذلك ، قال فصمه .

وورد أن رجلا من فزارة أنكر ولده لما جاءت به امرأته أسود ، فقال له الرسول :

هل لك من إبل ؟ قال : نعم ، قال : ما ألوانها ؟ قال : حمر ، قال : هل فيها من أورق[1] قال : نعم ، قال فمن أين ؟ قال : لعله نزعة عرق ، قال : وهذا لعله نزعة عرق . وفى الجزء الأول من أعلام الموقعين أمثلة كثيرة لأقيسة الرسول .

٣ — وأما أفعال الصحابة وأقوالهم فهى ناطقة بأن القياس حجة شرعية . فقد كانوا يجتهدون فى الوقائع التى لا نص فيها ، ويقيسون بعض الأحكام على بعض ، ويعتبرون النظير بنظيره ، قاسوا الخلافة على إمامة الصلاة وبايعوا أبا بكر بها ، وبينوا أساس القياس بقولهم : رضيه رسول الله لديننا ، أفلا نرضاه لدنيانا ، وقاسوا خليفة الرسول على الرسول ، وحاربوا مانعى الزكاة الذين منعوها استناداً إلى أنها كان يأخذها الرسول ، لأن صلاته سكن لهم لقوله عز شأنه : « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم » وقال عمر بن الخطاب فى عهده إلى أبى موسى الأشعرى : ثم الفهم الفهم فيما أدلى إليك مما ورد عليك مما ليس فى قرآن ولا سنة ، ثم قايس بين الأمور عند ذلك ، واعرف الأمثال ثم أعمد فيما ترى إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق . وقال على بن أبى طالب : ويعرف الحق بالمقايسة عند ذوى الألباب . ولما سمع ابن عباس نهى الرسول عن بيع الطعام قبل أن يقبض قال لا أحسب كل شىء إلا مثله . وقد نقل ابن القيم فى الجزء الثانى من أعلام الموقعين ابتداء من صفحة ٢٤٤ عدة فتاوى لأصحاب رسول الله أفتوا فيها باجتهادهم وكان مدار اجتهادهم على القياس ، وما أنكر الرسول فى حياته على من اجتهد من صحابته ، وما أنكر بعض الصحابة على بعض اجتهاد الرأى وقياس الأشباه بالأشباه ، فإنكار حجية القياس تخطئه لما سار عليه الصحابة فى اجتهادهم وقرروه بأفعالهم وأقوالهم

٤ — وأما المعقول فأظهر أدلتهم منه ثلاثة أول ، أن الله سبحانه ما شرع حكما إلا لمصلحة ، وأن مصالح العباد هى الغاية المقصودة من تشريع الأحكام فإذا ساوت الواقعة المسكوت عنها الواقعة المنصوص عليها فى علة الحكم التى هى مظنة المصلحة قضت

(١) الأورق من الإبل الأسود غير الحالك بل يميل إلى الغبرة .

الحكمة والعدالة أن تساويهما فى الحكم تحقيقاً للمصلحة التى هى مقصود الشارع من التشريع ، ولا يتفق وعدل الله وحكمته أن يحرم الخمر لإسكارها محافظة على عقول عباده ، و يبيح نبيذاً آخر فيه خاصية الخمر وهى الإسكار لأن مآل هذا المحافظة على العقول من مسكر وتركها عرضة للذهاب بمسكر آخر .

وثانيها أن نصوص القرآن والسنة محدودة ومتناهية ووقائع الناس وأقضيتهم غير محدودة ولا متناهية ، فلا يمكن أن تكون النصوص المتناهية وحدها مصادر تشريعية لما لا يتناهى والقياس هو المصدر التشريعى الذى يساير الوقائع المتجددة ، ويكشف حكم الشريعة فيما يقع من الحوادث ، و يوفق بين التشريع والمصالح ، وثالثها أن القياس دليل تؤيده الفطرة السليمة والمنطق الصحيح ، فإن من نهى عن شراب لأنه سام يقيس بهذا الشراب كل سام ، ومن حرم عليه تصرف لأن فيه اعتداء وظلماً لغيره يقيس بهذا كل تصرف فيه اعتداء وظلم لغيره ، ولا يعرف بين الناس اختلاف فى أن ما جرى على أحد المثلين يجرى على الآخر .

أدلة نفاة القياس الذين لا يحتجون به :

استدل نفاة القياس على أنه ليس حجة شرعية بعدة آيات من القرآن ، وببعض أحاديث للرسول ، وبعض أقوال الصحابة ، و بالمعقول ، وكأنهم قصدوا أن يعارضوا كل دليل للمثبتين بدليل من نوعه .

١ — استدلوا من القرآن الكريم بالآيات الآتية :

(ا) بقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تقدموا بين يدى الله ورسوله » ووجه استدلالهم بها أن الآية نهت المؤمنين عن أن يتقدموا الله ورسوله بحكم فى واقعة أو بأى أمر . والقياس تقدم بين يدي الله ورسوله بحكم فى واقعة ما حكما فيها — وهذه الآية لا تدل على ما ذهبوا إليه بطريق من الطرق سواء أكان المراد من لا تقدموا لا تتقدموا أم لا تقدموا أى أمر لأن القياس ليس فيه تقدم ولا تقديم بين يدى الله ورسوله بل فيه متابعة لله ورسوله وسير وراءهما وحكم بما حكما به فى واقعة مسكوت عنها ،

فالآية نهت المومنين عن أن يسبقوا الله ورسوله فى أى شىء ، والقياس لا سبق فيه بل هو متابعة واقتداء ماحكم به الله ورسوله .

(ب) بقوله تعالى : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » وسائر الآيات التى توعدت من لم يحكم بما أنزل الله . ووجه استدلالهم بها أن القياس حكم بما لم ينزل الله .

وهذه الآيات لا تدل أيضاً على ما ذهبوا إليه لأن المراد بها أن يكون الحكم بما أنزل الله من أحكام دلت عليها النصوص ، ومن أحكام استنبطت بطريق من من الطرق التى أرشد الله إليها فى كتابه ، فمن حكم بحكم النص فقد حكم بما أنزل الله ومن حكم بحكم دلت عليه طرق الاجتهاد القرآنية فقد حكم بما أنزل الله ، ومنها الإجماع ومنها القياس لأن الله أمر بطاعة أولى الأمر وأمر برد المتنازع فيه إلى المنصوص عليه . فالقياس يكشف ويظهر حكم الله فى الواقعة المسكوت عنها والحكم الذى يكشفه فى الفرع هو حكم الله فى الأصل وقد أنزله الله فى قوله وردوه إلى الله .

(حـ) بقوله تعالى : « ما فرطنا فى الكتاب من شىء » ، وقوله سبحانه : « ولا رطب ولا يابس إلا فى كتاب مبين » وقوله : « ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شىء » . ووجه استدلالهم بهذه الآيات أن القرآن فيه بيان كل حكم ولا حاجة معه إلى التشريع بالقياس لأنه إذا دل القياس على نفس ما دل عليه القرآن فلا حاجة إليه وإذا دل على خلافه فهو مردود .

وهذه الآيات لا دلالة لها على ما ذهبوا إليه — أما قوله سبحانه : « ما فرطنا فى الكتاب من شىء » فليس المراد بالكتاب فيها القرآن بل المراد كتاب علمه سبحانه وإحصائه بدليل سياقها وهو قوله عز شأنه : « وما من دابة فى الأرض ولا طائر يطير بجناحيه إلا أمم أمثالكم ما فرطنا فى الكتاب من شىء » وكذلك قوله تعالى : « ولا رطب ولا يابس إلا فى كتاب مبين » ليس الكتاب فيها القرآن بل كتاب العلم الإلهى وإحاطته وإحصائه بدليل سياقها وهو قوله تعالى : « وعنده مفاتح الغيب لا يعلمها إلا هو ويعلم ما فى البر والبحر . وما تسقط من ورقة إلا يعلمها ولا حبة فى ظلمات الأرض ولا رطب ولا يابس إلا فى كتاب مبين » .

فالـكتاب فى هاتين الآيتين هو كتاب علم الله و إحاطته ، وهو المذكور فى قوله سبحانه : « ومامن دابة فى الأرض إلا على الله رزقها و يعلم مستقرها ومستودعها كل فى كتاب مبين » .

وأما قوله تعالى : « ونزلنا عليك الـكتاب تبياناً لـكل شىء » فالمراد أنه تبيان لـكل شيء بالمجموعة التى اشتمل عليها من أحكام ومبادئ تشريعية عامة وطرق استنباط أرشد إليها ، أى أنه بواسطة هذه المجموعة يمكن التوصل إلى كل حكم ، إما من النص ، و إما من القواعد العامة ، و إما بالاستنباط برده إلى الله ورسوله ، وليس المراد بأنه تبيان لـكل شىء أنه نص على حكم كل واقعة حدثت أو تحدث ، لأن هذا غير صحيح ، ولا مطابق للواقع .

(د) بقوله تعالى : « ولا تقف ما ليس لك به علم » أى لاتتبع مالا تعلم ، ووجه استدلالهم بهذه الآية . أن الله نهى رسوله عن أن يتبع مالا يعلم ، والقياس ظنى الدلالة على حكم الفرع والعمل بحكمه اتباع لما ليس للمتبع به علم .

وهذه الآية لا دلالة فيها على مذهبهم ، لأن الآية فى موضوع الأحـكام الاعتقادية ، وجميع الآيات التى نهت عن اتباع الظن وقررت أن الظن لا يغنى من الحق شيئاً هى فى الاعتقاد ، لأن العقيدة لا تبنى إلا على العلم . وأما الأحكام الشرعية العملية ، فمن المتفق عليه أنه يكفى أن تبنى على الظن الراجح لأنه لو لزم بناؤها على العلم والقطع لتوقفت أعمال الناس ونالهم الحرج ، فأكثر النصوص الشرعية ظنية الدلالة ولا تفيد إلا الظن ، والاتجاه إلى الـكعبة فى الصلاة بالتحرى وهو لا يفيد إلا الظن ، والشهادة أو اليمين يقضي بهما ولا يفيد أحدهما إلا الظن .

٢ — واستدلوا من السنة بحديث رواه ابن حزم فى رسالته الـكبرى عن أبى هريرة وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « تعمل هذه الأمة برهة بالـكتاب ، و برهة بالسنة ، و برهة بالقياس ، فإذا فعلوا ذلك فقد ضلوا » .

ووجه استدلالهم به أنهم فهموه هكذا : تعمل هذه الأمة مرة بالـكتاب إذا وجد ،

ومرة بالسنة إذا لم يوجد كتاب ، ومرة بالقياس إذا لم يوجد كتاب ولا سنة ، فإذا فعلوا ذلك ، أى عملوا بالقياس حيث لا كتاب ولا سنة فقد ضلوا . ولا يمكن استدلالهم به إلا بهذا التعسف فى فهمه ، وهذا الحديث ليس دليلا على ما ذهبوا إليه لأمرين .

أولا : أنه من جهة سنده غير مقبول ، وقد قال ابن السبكى « هو لا تقوم به الحجة لأن بعض رواته كذبه ابن معين » .

وثانيا : أنه على فرض صحته فإن معناه المتبادر منه غير ما فهموه . فإن المعنى الظاهر المتبادر فهمه منه تعمل هذه الأمة برهة بالكتاب وحده ولا يحتجون بسنة ولا بقياس وبرهة بالسنة فيعملون بما تقضى به ويتأولون نصوص الكتاب . وبرهة بالقياس فيعملون به ويتأولون نصوص الكتاب أو السنة إن خالفته ، فإذا فعلوا ذلك فقد ضلوا . وهذا معنى حق وتاريخ التشريع الإسلامى يؤيده ، وبهذا يكون الحديث دليلا على حجية القياس لأنه ذكر مع الكتاب والسنة فى بيان ما يعمل به وترتيب الاستدلال .

٣ — واستدلوا من أقوال الصحابة بما أثر عن كثير منهم من استنكار الحكم بالرأى والنعى على من أفتوا منهم بالرأى . من ذلك قول أبى بكر : « أى سماء تظلنى وأى أرض تقلنى إذا قلت فى كتاب الله برأيى » وقول عمر : « إياكم وأصحاب الرأى فإنهم أعداء السنن أعيتهم الأحاديث أن يحفظوها فقالوا بالرأى فضلوا وأضلوا » ، وقوله : « إياكم والمكايلة ، قيل وما المكايلة ؟ قال المقايسة ، وقول على : « لو كان الدين يؤخذ بالرأى لكان باطن الخف أولى بالمسح من ظاهره » وقول ابن عباس : إن الله تعالى قال لنبيه : « وأن احكم بينهم بما أنزل الله » ولم يقل بما رأيت ، ولو جعل لأحد أن يحكم برأيه لجعل ذلك لرسوله وقول ابن عمر « السنة ما سنه رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تجعلوا الرأى سنة » وقوله : « إن قوماً يفتون بآرائهم لو نزل القرآن لنزل بخلاف ما يفتون » وقوله : « اتهموا الرأي على الدين فإنه منا تكلف وظن وإن الظن لا يغنى من الحق شيئاً » وقول ابن مسعود : « إذا قلتم فى دينكم بالقياس أحللتم كثيراً مما حرمه الله وحرمتم كثيراً ممـا حلله الله » إلى غير ذلك ممـا أثر

عن الصحابة والتابعين من ذم الرأى والإنكار على الرأيين . وهذه الأقوال إذا صحت روايتها عن قائليها لابد أن تفهم على وجه يكون فيه توفيق بينها وبين أقوال الصحابة الأخرى وأفعالهم . وتوفيق بينها وبين إقرار الرسول لمعاذ بن جبل حين قال إن لم أجد فى كتاب الله ولا فى سنة رسوله ما أقضى به اجتهد رأيى ولا آلو . فإنه مما لا يعرف فيه خلاف أن بعض الصحابة فى عهد الرسول اجتهدوا فى تعرف أحكام بعض الوقائع التى نزلت بهم وأقرهم الرسول على اجتهادهم ، وأنه صلى الله عليه وسلم قال لعمرو بن العاص حين عهد إليه أن يفصل فى قضية معروضة : اجتهد إن أصبت فلك أجران و إن أخطأت فلك أجر . وأنه أقر معاذاً على أن يجتهد رأيه ، وأن الصحابة بعد الرسول اجتهدوا رأيهم فى عدة وقائع لا نص فيها واستنبطوا فيها أحكاماً باجتهادهم وخالف بعضهم بعضاً فى استنباطه . فقد اختلفوا فى توريث الإخوة مع الجد . وفى توريث ذوى الأرحام . وفى الرد على أصحاب الفروض . وفى نفقة المبتوتة وفى وقائع كثيرة ، وكانت أحكامهم اجتهاداً بآرائهم . ومن جادل فى أن الصحابة اجتهدوا رأيهم فى وقائع لا نص فيها واستنبطوا كثيراً من الأحكام بهذا الاجتهاد فهو مجادل بالباطل ومنكر للمتواتر . و إذا فلا يمكن أن يتناقض هؤلاء الأجلاء و يقولوا غير ما يفعلون ، ولابد من أنهم أرادوا بما أثر عنهم من ذم الرأى والإنكار على الرأيين الرأى الصادر عن هوى، والمقصود به مصالح خاصة والرأي الذى يتأول به نص فى كتاب الله أو سنة رسوله والرأى الذى يهدم مبدأ شرعياً قررته النصوص، والرأى الذى هو مكايلة ومقايسة بالمجازفة و يرجح هذا كلمة ابن مسعود « إذا قلتم فى دينكم بالقياس أحللتم كثيراً مما حرمه الله وحرمتم كثيراً مما حلله » فإن هذا صريح فى أنه قول بالقياس حيث يثبت لله تحريم أو تحليل، وهذا قياس باطل لأن القياس إنما يصح حيث لا يكون للشارع نص على حكم . وابن القيم فى إعلام الموقعين قسم الرأى إلى ثلاثة أقسام وبين ما هو منها موضع الذم وما هو منها مقبول محمود ، فليراجعه من أراد المزيد .

٤ — واستدلوا من المعقول بعدة أدلة منها أن القياس طريق اجتهادى يؤدى

إلى الخلاف والمنازعة والتناقض فى الأحكام لأنه مبنى على استنباط علة الحكم فى الأصل وهذا مما تختلف فيه الأنظار وتتفاوت فى فهمه العقول فهو لا محالة سبيل الاختلاف والتناقض ، واستقراء أحكام القياسيين أوضح دليل على هذا ، فالقياس وسع مسافة الخلف بينهم وأدى إلى أن الواقعة الواحدة فيها حكمان شرعيان متناقضان ، فالعقد صحيح فى مذهب وباطل فى مذهب آخر والمرأة يحل الزواج بها فى مذهب ويحرم الزواج بها فى آخر — والجواب عن هذا أن اختلاف الأئمة المجتهدين في الأحكام الجزئية الفرعية بناء على القياس لا يؤدى إلى مفسدة لأنه اختلاف فرعى جزئى عملى لا فى أصل الدين ولا فى عقيدة من عقائده وقد وردت عدة آثار يؤيد بعضها بعضاً صريحة في أن هذا الاختلاف فيه رحمة بالأمة لأنه مبنى على تقدير المصالح وتفاوت العقول فى فهمها . ولو كان كل دليل يؤدى الاستدلال به إلى الاختلاف لا يحتج به لكانت جميع النصوص الشرعية الظنية الدلالة فى القرآن والسنة غير حجة لأن تفاوت العقول فى فهمها يؤدى حتما إلى الاختلاف فيما يستنبط منها — ومنها أن القياس أساسه الظن بأن علة حكم الأصل هى هذا الوصف وما يفيده هو الظن بأن حكم الفرع هو كذا والله سبحانه نعى على من يتبعون الظن ونهى رسوله عن أن يتبع ما ليس له به علم. وقد قدمنا فى رد استدلالهم بقوله تعالى : « ولا تقف ما ليس لك به علم » ما يكفى فى الرد عليه ، فإنه من المتفق عليه الاحتجاج بالنصوص الظنية الدلالة ، وهى لا تفيد إلا الظن و بخبر الواحد وهو لا يفيد إلا الظن ، ومن المتفق عليه أن العبادات والمعاملات والقضاء والشهادة يكفى فيها الظن ، ولا يلزم بناء الأحكام العملية على العلم . ومن قرأ الآيات التى نهت عن اتباع الظن ونعت على من اتبعوه يتبين من سياقها أنها فى الإيمان والأحكام الاعتقادية — ومنها ما قرره النظام من أن أحكام الشريعة الإسلامية فيها تفريق بين المتماثلات ، وجمع بين المختلفات ، فلا يمكن أن يكون القياس دليلا على الأحكام فى هذه الشريعة ، لأن مدار القياس على التسوية بين المتماثلات والتفريق بين المختلفات وساق عدة أمثلة من الأحكام الشرعية التى فيها تفريق بين المتماثلات . منها أنه أسقط عن الحائض فى مدة حيضها الصلاة والصوم

ثم كلفها أن تقضى الصوم دون الصلاة . ومنها أنه قطع يد سارق القليل ولم يقطع يد غاصب الكثير ، ومنها أنه أوجب جلد القاذف بالزنا دون القاذف بالكفر . ومنها أنه قبل فى القتل شاهدين . ولم يقبل فى الزنا إلا أربعة شهداء ، وساق أيضا عدة أمثلة مما فيها جمع بين المختلفات منها أنه جعل التراب طهوراً كالماء مع أن الماء منظف والتراب مشوه ، ومنها أنه سوى بين الردة والزنا فى إيجاب القتل . والجواب عن هذا أن النظام لم ينظر إلى الوقائع من جميع نواحيها . ففى المتماثلات نظر إلى نواحى التماثل فقط وغض بصره عما تختلف فيه من نواح أخرى . وفى المختلفات نظر إلى نواحى التخالف فقط وغض بصره عما تتماثل فيه من نواح أخرى ، وكل إنسان يماثل أى فرد من أفراد نوعه فى أنه إنسان ويخالفه فى نواح أخرى ، فقد يتفقان فى حكم بالنظر إلى تماثلهما فى الإنسانية ويختلفان فى حكم بالنظر إلى تخالفهما بالذكورة والأنوثة أو الرشد والسفه أو غير ذلك ، وكل مثال من الأمثلة التى ساقها فى المتماثلات فيه نواح من نواحى التخالف بنى عليه اختلاف الحكم ، وكل مثال من الأمثلة التى ساقها فى المختلفات فيها نواح من نواحى التماثل بنى عليه اتفاق الحكم ، وابن القيم فى إعلام الموقعين بعد أن أورد الأمثلة التى ساقها النظام زاد عليها أمثلة أخرى وأجاب عنها مبيناً حكمة الشارع فى التفريق بين ما تماثلت ظاهراً وفى الجمع بين ما افترقت ظاهراً وفصل هذه الحكمة فى كل جزئية تفصيلا يقنع كل منصف بحكمة الشارع وعدالته ، وبأن النظام أدرك شيئاً وغابت عنه أشياء .

مالا يجرى فيه القياس

من الأحكام الشرعية أحكام يجب قصرها على مواضع نصوصها ولا يجوز أن تعدى إلى غيرها بواسطة القياس ويطلق عليها الأحكام التى لا يجرى فيها القياس . ولم يتفق علماء الأصول على كلمة واحدة فيما لا يجرى فيه القياس . وهذا بيان مالا يجرى فيه القياس وآراء الأصوليين فى كل نوع .

١ — الحدود والكفارات : الحدود عقوبات مقدرة بالنص لجرائم معينة ، وهى : مائة جلدة لجريمة الزنا ، وثمانون جلدة لجريمة قذف المحصنات ، وقطع اليد لجريمة السرقة ، والقتل أو الصلب أو الحبس أو قطع الأيدى والأرجل من خلاف لجريمة محاربة الله ورسوله والسعى فى الأرض فساداً ، والقصاص لجريمة القتل العمد العدوان .

والكفارات عقوبات مقدرة بالنص لذنوب معينة أوجبت على المذنب تكفيراً لذنبه ، وهى : إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام لذنب الحنث واليمين ، وتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين لذنب القتل خطأ ، وتحرير رقبة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً لذنب من ظاهر من زوجته ثم أراد العودة إلى الاستمتاع بها . ومثل هذه الكفارة أى كفارة الظهار لذنب الإفطار عمداً فى رمضان . وكفارة من قتل صيداً وهو محرم أن يتصدق بمثله من النعم .

ومذهب الحنفية وأكثر الفقهاء أن كل حد من هذه الحدود وكل كفارة من هذه الكفارات يقتصر به على موضعه الذى ورد فيه النص . ولا يجوز أن يعدى إلى غيره بالقياس . فلا يجوز إثبات مائة جلدة فى جريمة مثل الزنا قياساً على الزنا ، ولا يجوز إيجاب تحرير رقبة وكفارة ذنب قياساً على القتل خطأ .

ودليلهم على هذا أمران :

الأول : أن هذه المقدرات سواء أكانت حدوداً أم كفارات لا سبيل للعقل إلى إدراك علة التقدير فيها بمقدار خاص دون سواه فلا سبيل للعقل إلى إدراك علة تقدير الجلدات لجريمة الزنا بمائة دون تسعين أو مائة عشر ، ولا إلى إدراك علة تقدير عدد المساكين الواجب إطعامهم أو كسوتهم لتكفير ذنب الحنث فى اليمين بعشرة دون تسعة أو أحد عشر ، وأساس القياس إدراك علة حكم الأصل . فكل حكم لا تدرك علته فى موضع النص لا يمكن أن يعدي بالقياس .

الثانى : أن الحدود تدرأ بالشبهات لقوله صلى الله عليه وسلم . « أدرءوا الحدود بالشبهات ما استطعتم » ودرء الحدود بالشبهات يشمل درء تنفيذها على المتهم إذا وجدت شبهة فى أنه أجرم . ويشمل درء إثباتها فى غير واقعة النص بدليل فيه شبهة . ولا شك أن القياس دليل فيه شبهة لأنه ظنى ولأنه مختلف فى حجيته فلا يثبت به ما يدرأ بالشبهة وهو الحدود كما لا تثبت بخبر الواحد و بأى دليل ظنى . وفى معنى الحدود الكفارات لأنها عقو بات مقدرة ، ولهذا قال الأصوليون الكفارات عقو بات فيها معنى العبادة لأنها تؤدى بما هو عبادة من صوم وصدقة .

ومذهب الشافعية أن الحدود والكفارات تثبت بالقياس وأن الحكم بحد أو كفارة يعدى إلى غير موضع النص بواسطة القياس ، واستدلوا بدليلين :

أولهما : أن البراهين التى دلت على حجية القياس عامة لا تخص حجيته بنوع من الأحكام دون نوع فتتناول بعمومها الحدود والكفارات . وهذا دليل مردود لأنه ما من عام إلا وخصص . والأدلة التى اشترطت شروطاً فى حكم الأصل الذى يعدى بالقياس ، والتى دلت على أن لا قياس فى الحدود والكفارات هى مخصصة لعموم حجية القياس .

وثانيهما : أن الصحابة أثبتوا حد الشرب بالقياس على حد القذف ، فإنهم لما تشاوروا فى عقوبة الشارب ، قال على بن أبى طالب : « إذا شرب سكر ، و إذا سكر هذى ، و إذا هذى افترى ، فأرى عليه حد الافتراء » فألحق الشرب بالقذف لأنه مظنته وأوجب فيه حده وهذا هو القياس ووافقه الصحابة على هذا . وهذا الدليل أيضاً مردود لأن الشرب لم تحدد عقوبته فى كتاب الله ولا فى سنة رسوله . وفى عهد الرسول كان يؤتى بالشارب فمن الصحابة من يضربه بالنعل ومنهم من يرميه بالحصى ، وما شرعت له بالنص عقوبة مقدرة وكل جريمة لم تقدر عقوبتها ففيها التعزير وهو عقوبة غير مقدرة بالنص يقدرها القاضى بما يراه مناسباً للجريمة وكافياً لردع المجرم واعتبار غيره ، وعلى بن أبى طالب ما قدر للشرب عقوبة محددة

وإنما استأنس لتقدير أقصى ما يعاقب به الشارب وهو ثمانون جلدة بأن أقصى ما يصدر عنه أن يقذف . فهو لم يحدد بالقياس عقوبة ، وإنما استأنس فى تعزيره. وقد اعترض على الحنفية بأنهم فى الفروع خالفوا مذهبهم فى الأصول . فقد قاسوا فى الحدود فأوجبوا قطع يد النشال والنباش قياساً على السارق . وقاسوا فى الكفارات فأوجبوا الكفارة على من أكل أو شرب عامداً فى نهار رمضان قياساً على من جامع عامداً فى نهار رمضان . والجواب أن الحنفية أوجبوا قطع يد النشال والنباش بدلالة النص الذى أوجب قطع يد السارق لا بالقياس لأن علة قطع يد السارق أكثر توافراً فى النشال من السارق . ويتساوى فيها النباش والسارق . وهذه الأكثرية فى التوافر أو التساوى تفهم بمجرد فهم اللغة كما يفهم النهى عن ضرب الوالدين من قوله تعالى : «ولا تقل لهما أف» . وكما يفهم الوعيد على أن يؤكل الوصى مال القاصر لغيره من قوله تعالى : « إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون فى بطونهم ناراً » . وكذلك أوجبوا الكفارة على من أكل أو شرب عمداً فى نهار رمضان بدلالة النص الذى أوجب الكفارة على من جامع عمداً فى نهار رمضان لأن الأكل والشرب والجماع سواء فى أنها جناية على حرمة الفريضة ، وهذه المساواة من الظهور بحيث تفهم بمجرد فهم النص . فما أثبتوا حداً بالقياس ولا كفارة .

٢ — العبادات : أحكام العبادات نوعان : أحكام متعلقة بأصول العبادات وكيفيات أدائها ، مثل : افتراض خمس صلوات ، وصوم رمضان ، وأداء الزكاة من الأموال ، وحج البيت . ومثل : أداء الظهر أربعاً والمغرب ثلاثاً ، وأداء الركعة بركوع واحد وسجودين ، والصوم من طلوع الفجر إلى غروب الشمس ، وتقدير نصاب معين هو الذى تجب فيه الزكاة ، ومقدار الواجب ، وكون الحج بالطواف بالبيت والوقوف بعرفة ، ونحو ذلك مما يظهر فيه معنى التعبد ، ولا مجال للعقل إلى إدراك علة تشريعه فى الأصل ، فهذه الأحكام لا يجرى فيها قياس ، ولا يسوغ إثبات حكم منها فى غير موضع النص بواسطة القياس ، فلا يسوغ بالقياس افتراض صلاة

سادسة ، ولا صوم لأى شهر آخر ، ولا حج مكان آخر . ولا يسوغ تعدية كيفية خاصة من كيفيات أداء العبادات ، لأن أساس تعدية حكم إلى غير موضع النص هو إدراك علة الحكم ، وهذه الأحكام فى مواضع نصوصها لا سبيل للعقل إلى إدراك عللها . وأحكام متعلقة بما يعرض للعبادات ، من صحة وفساد ، ووجوب وندب ، وما تتوقف عليه من شروط كطهارة وغيرها مما هى عوارض ووسائل للعبادات ، وهذه للعقل سبيل إلى إدراك عللها ، فإذا ورد نص بحكم منها وعرفت علته بمسلك من مسالك العلة يسوغ أن يعدى إلى غير موضع النص بواسطة القياس ، ولهذا حكم الأئمة المجتهدون بالقياس فى نواقض الوضوء ومفسدات الصلاة والصوم وبعض العلماء قال لا قياس وأحكام العبادات مطلقا .

٣ — الرخص : الرخصة حكم استثنائى شرعه الشارع تخفيفاً على المكلف فى حال خاصة تقتضى هذا التخفيف ، ويقابلها حكم العزيمة ، وهو ما شرع ابتداء عاماً ليس خاصاً بحال دون حال . ومثال الرخص قصر الصلاة الرباعية فى السفر ، والجمع بين الصلاتين للمطر ، وإباحة الفطر فى رمضان للمرض أو السفر ، والمسح على الخفين ، وإباحة العرايا والسلم . وقد ذهب الحنفية إلى أن أحكام الرخص أحكام استثنائية معدول بها عن أحكام العزيمة ، شرعت فى أحوال خاصة ، فيقتصر بها على مواضع نصوصها ، ولا يسوغ تعديتها بواسطة القياس ، لأن ما جاء معدولاً به عن الأصل العام هو منحة يقتصر بها على مواضع منحها . ومما اشتهر عنهم قولهم ما جاء على خلاف القياس لايقاس عليه .

واختلفت فى هذه الأحكام عبارات الشافعية . والظاهر منها أنهم يجرون القياس فيها ، فقد نصوا على أنه يجوز بيع العنب فى الكرم بالزبيب قياساً على العرايا التى أرخص فيها الرسول ، لأن الكرم كالنخل فى بروز ثمرهما وإمكان الخرص فيهما وتعلق الزكاة بهما . ونصوا على إباحة الجمع بين الصلاتين لعذر الثلج والبرد قياساً على المطر .

والذى يظهر لى أنه الحق هو أن حكم الرخصة إذا أدركت علته بمسلك من

مسالك العلة يصح أن يعدى إلى الفرع الذى تحققت فيه العلة ، وإذا لم تدرك فلا . ولا فرق فى هذا بين كون الحكم رخصة أو عزيمة ، لأن كلا منهما حكم شرعى ، فمادامت تعتل له علة يعدى إلى ما تتحقق فيه .

٤ — العلل والأسباب والشروط والموانع : إذا ثبت أن وصفاً أو أى أمر من الأمور علة لحكم أو سبب له ، أو شرط فيه ، أو مانع منه ، فهل يصح أن يقاس عليه وصف أو أمر آخر ويحكم بأنه علة أو سبب أو شرط أو مانع . وبعبارة أخرى : هل السببية للمسببات والشرطية للمشروطات والمانعية من الأحكام كما تثبت بالنصوص تثبت بالقياس ؟ .

اختلف فى هذا الأصوليون ، والمشهور بينهم أنه لايجرى القياس فى العلل والأسباب والشروط والموانع وإلى هذا ذهب الحنفية ، ورجحه الآمدى وابن الحاجب وكثيرون . وذهب أكثر الشافعية إلى أنه يجرى فيها القياس ، واستدلوا بدليلين :

أولهما أن العلية والسببية والشرطية والمانعية هي أحكام شرعية ، لأن الحكم الشرعى ينقسم إلى قسمين : حكم تكليفى ، وحكم وضعى . فالحكم التكليفى هو ما اقتضى طلب فعل من المكلف ، أو كفه عن فعل ، أو تخييره بين فعل والكف عنه . والحكم الوضعى هوما اقتضى وضع شيء علة أو سبباً لحكم أو شرطا له أومانعاً منه . وإذا كانت هذه الأمور أحكاما شرعية فالقياس يجرى فيها ، لأن التفريق فى هذا بين حكم شرعى تكليفى وحكم شرعى وضعي تحكم . والأدلة المثبتة حجية القياس لم تخص حجيته بالحكم التكليفى دون الوضعى .

وثانيهما : أن القياس فى هذه الأمور قد وقع فعلا ، ففى العلل والأسباب قيس النبش بالسرقة فى كونه علة لإيجاب قطع اليد لاشتراكهما فى أن كلا منهما أخذ مال الغير خفيـة من حرزه . وقيس القتل بالمثقل على القتل بالمحدد فى كونه علة لإيجاب القصاص لاشتراكهما فى أن كلا منهما قتل عمد عدوان ، وفى الشروط قيست النية فى الوضوء بالنية فى التيمم فى اشتراطهما لصحة الطهارة لاشتراكهما

فى أن كلا منهما عبادة يميز بالنية عن العادة . وفى الموانع قيس النفاس بالحيض فى أنه مانع من جواز الصلاة معه لاشتراكهما فى أن كلا منهما فيه أذى وقذر تنزه الصلاة عن أدائها معه .

واستدل القائلون بأنه لايجرى القياس فى هذه الأمور بأن القياس فيها يخرجها عن أن تكون هي الأسباب أو الشروط أو الموانع ، وبيان هذا أنه إذا قيس القتل بالمثقل بالقتل بالمحدد فى إيجاب القصاص لاشتراكهما فى أن كلا منهما قتل عمد عدوان . أخذ من هذا أن علة إيجاب القصاص هو القتل العمد العدوان ، وأن القتل بالمحدد إنما أوجب القصاص ، لأنه من أفراد القتل العمد العدوان ، وكذا القتل بالمثقل ، وكذلك القول فى الشروط والموانع ، فمآل القياس فى هذه الأمور إخراجها عن أن تكون هى الأسباب والشروط والموانع ، وإظهار أن السبب هو الأمر المشترك بين المقيس عليه والمقيس وهو العمد العدوان فى قياس القتل بالمثقل على القتل بالمحدد ، وأن الشرط هو ما تتميز به العبادة عن العادة فى قياس نية الوضوء على نية التيمم ، وأن المانع هو الأذى والقذر فى قياس النفاس بالحيض . وهذا المذهب فى رأيى دليله أرجح ، وما استدل به المجوزون للقياس فى هذه الأمور غير مثبت . أما دليلهم الأول فمردود بما سبق أن بيناه من أنه ليس كل حكم شرعى يثبت بالقياس ومن أنه إنما يصح القياس إذا لم يؤد إلى إبطال حكم الأصل ، والقياس فى هذه الأمور يؤدى إلى إبطال حكم الأصل ، لأنه يخرجها عن أن تكون أسباباً وشروطا وموانع ، وعموم الأدلة المثبتة حجية القياس مخصصة بعدة أدلة فى صور كثيرة ومنها هذه . وأما دليلهم الثانى فإن الحكم ثابت فى القتل بالمثقل بدلالة النص الذى أثبت الحكم فى القتل بالمحدد ، لأن تساويهما فى إزهاق الروح عمداً يتبادر إلى الفهم بغير قياس . على أن الإمام أبا حنيفة لايرى أنه سبب لإيجاب القصاص ، ويرى أن القتل بالمثقل شبه عمد لا عمد . والنية فى الوضوء عند من اشترطها إنما أثبت شرطيتها لأن الوضوء نفسه عبادة والعبادة تميز بالقصد والنية

فلم يثبت الشرطية بالقياس و إنما أثبتها بالمبدأ الشرعى العام الذى يقضى بإيجاب تمييز العبادة بالقصد سواء أكانت وسيلة كالوضوء أم مقصـداً كالصلاة . على أن النية فى الوضوء على مذهب الحنفية سنة لاشرط ، لأنهم يفرقون فى العبادات بين الوسائل والمقاصد . والمنع من الصلاة فى زمن النفاس ليس ثابتاً بالقياس على النص و إنما هو ثابت بالنص الذى اشترط الطهارة لأداء الصلاة ، والنفاس لاتتوافر معه الطهارة .

أركان القياس

كل قياس يتكون من أركان أربعة :

(الأصل) وهو ماورد بحكمه نص ، و يسمى : المقيس عليه ، والمحمول عليه ، والمشبه به .

(والفرع) وهو مالم يرد بحكمه نص ، و يراد تسويته بالأصل فى حكمه ، و يسمى المقيس ، والمحمول ، والمشبه .

(وحكم الأصل) وهو الحـكم الشرعى الذى ورد به النص فى الأصل و يراد أن يكون حكماً للفرع .

(والعلة) وهى الوصف الذى بنى عليه حكم الأصل و بناء على وجوده فى الفرع يسوى بالأصل فى حكمه .

فشرب الخمر أصل لأنه ورد نص بحكمه وهو قوله تعـالى : « فاجتنبوه » الدال على تحريم شربه لعلة هى الإسكار . وشرب نبيذ التمر فرع لأنه لم يرد نص بحكمه . وقد ساوى شرب الخمر فى أن كلا منهما مسكر فسوى به فى أن كلا منهما محرم . والأشياء الستة : الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح ، أصل لأنه ورد النص بتحريم ربا الفضل والنسيئة فيهـا إذا بيع كل واحد منها بجنسه لعلة هى أنها مقدرات يضبط قدرها بالوزن أو الـكيل مع اتحاد الجنس . والذرة والأرز والفول فرع لأنه لم يرد نص بحكمها ، وقد ساوت الأشياء الواردة بالنص فى أنها مقدرات يضبط قدرها بالوزن أو الـكيل فسويت بهـا فى حكمها حين المبادلة بجنسها .

فأما الركنان الأولان : من هذه الأركان الأربعة ، وهما : الأصل والفرع ، فهما واقعتان أو محلان أو أمران ، أحدهما دل على حكمه نص والآخر لم يدل على حكمه نص ويراد معرفة حكمه ، ولا تشترط فيهما شروط سوى أن الأصل قد ثبت فيه حكم شرعى والفرع لا حكم فيه ، وأنهما قد تساويا فى علة حكم الأصل ، وأنه لا فارق يمنع من تساويهما فى الحكم .

وأما الركن الثالث : وهو حكم الأصل فتشترط لتعديته إلى الفرع شروط ، لأنه ليس كل حكم شرعى ثبت فى واقعة يصح أن يعدى بواسطة القياس إلى واقعة أخرى بل يشترط فى الحكم الذى يعدى إلى الفرع بالقياس شروط :

الأول : أن يكون حكما شرعياً عملياً ثابتاً بالنص سواء أكان منطوق النص أم مفهومه لأن كلا منهما مدلول النص ، فأما الحكم الشرعى الذى ثبت بالإجماع ففى تعديته بواسطة القياس رأيان ، أحدهما أنه لا يصح ، وهذا الذى أرجحه لأن الإجماع كما هو مقرر لا يلتزم فيه أن يذكر مع الحكم المجمع عليه مستنده ، ومن غير ذكر هذا المستند لا سبيل إلى إدراك علته ، فلا يمكن القياس على الحكم المجمع عليه ، وهذا على فرض وجود حكم أجمع عليه بمعنى الإجماع فى اصطلاح الأصوليين . وثانيهما أنه يصح ، وقال الشوكانى هذا أصح القولين . وأما الحكم الشرعي الذى ثبت بالقياس فلا يصح تعديته أصلا ، لأن الفرع إن كان يساوى ماثبت فيه الحكم بالقياس فى العلة فهو يساوى واقعة النص فى نفس العلة ويكون الحكم المعدى بالقياس هو حكم النص وإن كان لا يساويه فى العلة لا يصح أن يساويه فى الحكم ، وعلى هذا لا يصح أن يقال حرم شرب نبيذ التفاح قياساً على شرب نبيذ التمر لأنه إن كان يساويه فى الإسكار فهو يساوى شرب الخمر . ويكون تحريمه بالقياس عل الخمر لا على نبيذ التمر وإن كان لا يساويه فى الإسكار فلا يساويه فى التحريم .

الثانى : أن يكون حكم الأصل للعقل سبيل إلى إدراك علته . لأنه إذا كان لا سبيل للعقل إلى إدراك علته لا يمكن أن يعدى بواسطة القياس ، لأن أساس القياس

إدراك علة حكم الأصل . و إدراك تحققها فى الفرع . وتفصيل هذا الشرط . أن الأحكام الشرعية العملية جميعها شرعت لمصالح الناس ولعلل بنيت عليها . وما شرع حكم منها عبثاً لغير علة . غير أن بعض الأحكام استأثر الله بعلم عللها ، ولم يمهد السبيل إلى إدراك هذه العلل ، ليبلو عباده و يختبرهم هل يمتثلون و ينفذون، ولو لم يدركوا ما بنى عليه الحكم من علة ، وتسمى هذه الأحكام التعبدية أو غير معقولة المعنى . ومثالها تحديد أعداد الركعات فى الصلوات الخمس ، وتحديد مقادير الأنصبة فى الأموال التى تجب فيها الزكاة ومقادير ما يجب فيها ، ومقادير الحدود والكفارات . وأكثر الأحكام لم يستأثر الله بعلم عللها بل أرشد العقول إلى عللها بنصوص أو بدلائل أخرى أقامها للاهتداء بها وهذه تسمى الأحكام المعقولة المعنى ، وهذه هى التى يمكن أن تعدى من الأصل إلى غيره بواسطة القياس سواء أكانت أحكاما مبتدأة ليست استثناء من أحكام كلية كتحريم شرب الخمر الذى عدى بالقياس إلى شرب أى نبيذ مسكر . وتحريم الربا فى القمح والشعير الذى عدى بالقياس إلى الذرة والأرز . أم كانت أحكاما مستثناة من أحكام كلية كالترخيص فى العرايا استثناء من بيع الجنس بجنسه متفاضلا الذى عدي إلى الترخيص ببيع العنب على الكرم بالزبيب ، وبقاء الصوم مع أكل الصائم ناسيا استثناء من فساد الصوم بوصول غذاء إلى معدة الصائم الذى قيس به بقاء الصوم مع أكل الصائم خطأ أو مكرها ، وقيس به بقاء الصلاة مع تكلم المصلى ناسياً . فالشرط لصحة تعدية الحكم أن يكون معقول المعنى بلا فرق بين كونه حكما مبتدأ ليس استثناء من حكم آخر ، أو كونه حكما استثنائياً من حكم آخر ، وأما إذا كان غير معقولى المعنى فلا يصح تعديته سواء أكان حكما أصلياً أو استثنائياً .

الثالث : أن يكون حكم الأصل غير مختص به ، وأما إدا كان حكم الأصل مختصاً به فلا يعدى بالقياس إلى غيره ، ويكون حكم الأصل مختصاً به فى حالتين .

إحداهما : إذا كانت علة الحكم لا يتصور وجودها فى غير الأصل ، كقصر الصلاة للمسافر فهذا حكم معقول المعنى لأن فيه دفع مشقة ، ولكن علته السفر ،

والسفر لا يتصور وجوده فى غير المسافر . وكذلك إباحة المسح على الخفين حكم معقول المعنى لأن فيه تيسيراً ورفع حرج ولكن علته الخفان ولا يتصور وجودها فى غير لابسهما .

وثانيتهما : إذا دل دليل على تخصيص حكم الأصل به مثل الأحكام التى دل الدليل على أنها مختصة بالرسول ، كتزوجه أكثر من أربع زوجات ، وعدم إباحة الزواج بإحدى زوجاته بعد موته ، ومثل الاكتفاء فى القضاء بشهادة خزيمة بن ثابت وحده بقول الرسول : « من شهد له خزيمة فهو حسبه » فإن النصوص التى وردت فى القرآن والسنة دالة على أنه لا بد من شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين هى أدلة على تخصيص هذا الحكم بخزيمة .

وأما الركن الرابع : وهو علة القياس فهذا هو أهم الأركان لأن علة القياس هى هى أساسه ، وبحوثها أهم بحوث القياس ، وهى كثيرة نقتصر منها على أربعة : تعريفها وشروطها ، وأقسامها ، ومسالكها .

تعريفها : العلة هي وصف فى الأصل بنى عليه حكمه . ويعرف به وجوده فى الفرع ، فالإسكار وصف فى الخمر بنى عليه تحريمه . ويعرف به وجود التحريم فى كل نبيذ مسكر ، والاعتداء وصف فى ابتياع الإنسان على ابتياع أخيه بنى عليه تحريمه ، ويعرف به وجود التحريم فى استئجار الإنسان على استئجار أخيه ، وهذا هو مراد الاصوليين بقولهم العلة هى المعرف للحكم ، وتسمى العلة مناط الحكم وسببه . وأمارته .

ومن المتفق عليه بين جمهور علماء المسلمين أن الله سبحانه ما شرع حكما إلا لمصلحة عباده ، وأن هذه المصلحة إما جلب نفع لهم أو دفع ضرر عنهم ، فالباعث على تشريع أى حكم هو جلب منفعة للناس أو دفع ضرر عنهم ، وهذا الباعث على تشريع الحكم هو الغاية المقصودة من تشريعه ، وهو حكمة الحكم ، فإباحة الفطر للمريض فى رمضان للمريض حكمته دفع المشقة عن المريض ، واستحقاق الشفعة للشريك أو الجار حكمته دفع الضرر عنهما . وإيجاب القصاص من القاتل عمداً عدواناً ،

حكمته حفظ حياة الناس ، وإيجاب قطع يد السارق حكمته حفظ أموال الناس ، وإباحة المعاوضات حكمتها دفع الحرج عن الناس بسد حاجاتهم .

وكان المتبادر أن يبنى كل حكم على حكمته وأن يرتبط وجوده بوجودها وعدمه بعدمها، لأنها هى الباعث على تشريعه والغاية المقصودة منه ، ولكن رئى بالاستقراء أن الحكمة فى تشريع بعض الأحكام قد تكون أمراً خفياً غير ظاهر أى لا يدرك بحاسة من الحواس الظاهرة ، فلا يمكن التحقق من وجوده ولا من عدم وجوده ولا يمكن بناء الحكم عليه ، ولا ربط وجوده بوجوده وعدمه بعدمه ، مثل إباحة المعاوضات التى حكمتها دفع الحرج عن الناس بسد حاجاتهم لأن الحاجة أمر خفى ، ولا يمكن معرفة أن المعاوضة لحاجة أو عن غير حاجة ، ومثل ثبوت النسب بالزوجية الذى حكمته هو الاتصال الجنسى المفضى إلى أن حمل الزوجة هو من نطفة زوجها ، وهذا أمر خفى لا يمكن الوقوف عليه ، وقد تكون أمراً تقديرياً مرناً غير منضبط فلا ينضبط بناء الحكم عليه ولا ربطه به وجوداً وعدماً . مثل هذا : إباحة الفطر فى رمضان للمريض حكمتها دفع المشقة ، وهذا أمر تقديرى يختلف باختلاف الناس وأحوالهم ، فلو بنى الحكم عليه لا ينضبط ولا يستقيم التكليف ، وكذلك استحقاق الشفعة للشريك أو الجار لأن حكمته دفع الضرر وهو أمر تقديرى غير منضبط . فمن أجل خفاء حكمة التشريع فى بعض الأحكام . عدم انضباطها فى بعضها لزم اعتبار أمر آخر ظاهر منضبط يبنى عليه الحكم ويرتبط وجوده بوجوده وعدمه بعدمه ويكون مناسباً لحكمته ، بمعنى أنه مظنة لها ، وأن بناء الحكم عليه من شأنه أن يحققها ، وهذا الأمر الظاهر المنضبط الذى بنى الحكم عليه لأنه مظنة لحكمته ولأن بناء الحكم عليه من شأنه أن يحقق هذه الحكمة. هو المراد بالعلة فى اصطلاح الأصوليين . فالفرق بين حكمة الحكم وعلته هو أن حكمة الحكم هى الباعث على تشريعه والغاية المقصودة منه أى هى المنفعة التى قصد الشارع بتشريع الحكم جلبها أو تكميلها أو المفسدة التى قصد الشارع بتشريع الحكم دفعها أو تقليلها . وأما علة الحكم فهي الأمر الظاهر المنضبط

الذى بنى حكم الأصل عليه وربط به وجوداً وعدماً ، لأن الشأن فى بنائه عليه وربطه به أن يحقق حكمة تشريع الحكم . فقصر الصلاة الرباعية للمسافر حكمته التخفيف ودفع المشقة ، وهذه الحكمة أمر تقديرى غير منضبط لا يمكن بناء الحكم وجوداً وعدماً عليه فاعتبر السفر مناطاً للحكم وهو أمر ظاهر منضبط ، وفى جعله مناطاً للحكم مظنة تحقيق حكمته لأن الشأن فى السفر أن توجد فيه بعض المشقات ، فحكمة قصر الصلاة الرباعية للمسافر دفع المشقة عنه ، وعلته سفره .

واستحقاق الشفعة بالشركة أو الجوار حكمته دفع الضرر عن الشريك أو الجار وهذه العلة أمر تقديرى غير منضبط ، فاعتبرت الشركة أو الجوار مناط الحكم وكل منهما أمر ظاهر منضبط ، وفى جعل أحدهما مناطاً للحكم مظنة تحقيق حكمته ، إذ الشأن أن الضرر ينال الشريك أو الجار فحكمة الاستحقاق للشفعة دفع الضرر ، وعلته الشركة أو الجوار .

و إباحة المعاوضات حكمتها دفع الحرج عن الناس بسد حاجاتهم وهذه الحكمة أمر خفى فاعتبرت صيغة العقد مناطاً لحكمه وهى أمر ظاهر منضبط وفى جعلها مناطاً مظنة تحقيق الحكمة لأن الصيغة عنوان تراضى المتعاوضين بالمعاوضة والشأن فى تراضيهما بها أن يكون عن حاجتهما إليها فحكمة نقل الملكية فى البدلين بالبيع أو الإجارة سد الحاجة ، وعلته صيغة عقد البيع أو الإجارة .

وعلى هذا فجميع الأحكام الشرعية تبنى على عللها وتربط بها وجوداً وعدماً لا على حكمها . ومعنى هذا أن الحكم الشرعى يوجد حيث توجد علته ، ولو تخلفت حكمته ، وينتفى حيث تنتفى علته ولو وجدت حكمته لأن الحكمة لخفائها فى بعض الأحكام ، ولعدم انضباطها فى بعضها لا يمكن أن تكون أمارة على وجود الحكم أو عدمه ، ولا يستقيم ميزان التكليف والتعامل إذا ربطت الأحكام بها ، فالشارع الحكيم لما اعتبر لكل حكم علة هى أمر ظاهر منضبط يظن تحقق الحكمة فى ربط الحكم به جعل مناط الأحكام عللها ليستقيم التكليف وتتوحد أحكام المعاملات

ويعرف ما يترتب على الأسباب من مسببات ، وتخلف الحكمة فى بعض الجزئيات لا أثر له بإزاء استقامة التكاليف واطراد الأحكام ، ولهذا قرر الأصوليون أن الأحكام الشرعية تدور وجوداً وعدماً مع عللها لا مع حكمها ، وبعبارة أخرى مناط الحكم الشرعى مظنته لا مئنته ، فمن كان فى رمضان على سفر يباح له الفطر لوجود علة إباحته وهى السفر ، وإن كان فى سفره لا يجد مشقة . ومن كان شريكا فى العقار المبيع أو جاراً له يستحق أخذه بالشفعة ، لوجود علة استحقاقها وهى الشركة أو الجوار وإن كان المشترى لا يخشى منه أى ضرر ، ومن لم يكن شريكا فى العقار المبيع ولا جاراً له لا يستحق أخذه بالشفعة ، وإن كان لأى سبب من الأسباب يناله من شراء هذا المشترى ضرر . ومن كان فى رمضان غير مريض ولا مسافر لا يباح له الفطر وإن كان عاملا فى محجر أو منجم ويجد من الصوم أقصى مشقة .

وما دام الحكم الشرعى مبيناً على علته لا على حكمته فعلى المجتهد حين القياس أن يتحقق من تساوى الأصل والفرع فى العلة لا فى الحكمة ، وعلى القاضى أن يقضى بالحكم حيث توجد العلة بصرف النظر عن الحكمة، فإذا قضى بالشفعة لغير شريك ولا جار بناء على أنه يناله الضرر من شراء هذا المشترى فهو خاطىء ، وإذا رفض استحقاق شريك أو جار بناء على أنه لا ضرر عليه من شراء هذا المشترى فهو خاطىء

ولكن فى بعض الأحكام رئى تخلف الحكم عن علته ، فقد قرر الفقهاء أن بيع المكره باطل فالعلة وهى صيغة العقد وجدت ولم يوجد الحكم وهو . نقل الملكية . ونصت المادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ على أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقى بينها وبين زوجها من حين العقد فالزوجة وجدت ولم يوجد حكمها وهو ثبوت النسب .

والقاصر إذا بلغ ٢١ سنة ودلت القرائن على أنه غير رشيد لا تنتهى الولاية عليه مع وجود علة انتهائها وهو بلوغه سن الرشد ، والحقيقة أن هذه الأحكام وأمثالها لا منافاة بينها وبين ما تقدم لأننا بينا أن العلل الظاهرة المنضبطة إنما بنيت الأحكام عليها على أساس أنها مظان لحكمها فأقيمت المظنة مقام المئنة ، لكن إذا قام دليل

على نفى أن يكون هذا الظاهر المنضبط مظنة لحكمة الحكم ، فقد دل على أنه فقد أساس العلية ولم يبق علة ، فالإكراه على البيع نفى أن تكون الصيغة مظنة التراضى الذى هو دليل الحاجة . فالصيغة من المكره ليست علة ، والزوجية التى ثبت فيها أن الزوجين لم يلتقيا من حين العقد لم تبق مظنة لأن الزوجة حملت من زوجها فليست علة لثبوت النسب ، و بلوغ ٢١ سنة لم يبق مظنة لحسن التصرف المالى مع دلائل عدم الرشد .

وسيأتى فى شروط العلة مزيد بيان لهذا ، إذ أن من شروط العلة أن تسلم من الكسر ، ومعنى هذا أن تبقى مناسبة ومظنة لحكمة الحكم ، ويراعى أن بعض الأصوليين يجعل العلة والسبب مترادفين ، وأكثرهم على غير هذا ، ففى رأيهم كل من العلة والسبب علامة على الحكم ، وكل منهما بنى الحكم عليه وربط به وجوداً وعدماً ، وكل منهما للشارع حكمة فى ربط الحكم به و بنائه عليه ، ولكن إذا كانت المناسبة والحكمة فى هذا الربط مما تدركه عقولنا سميناها العلة وسميناها السبب ، و إن كانت مما لا تدركه عقولنا سميناها السبب فقط ولا نسميها العلة ، فالسفر لقصر الصلاة الرباعية علة وسبب ، وأما غروب الشمس لإيجاب فريضة المغرب وزوالها لإيجاب فريضة الظهر . وشهود رمضان لإيجاب صومه فهو سبب . فكل علة سبب ولا عكس.

شروط العلة : الأصل الذى ورد النص بحكمه قد يكون مشتملا على عدة أوصاف وخواص . وليس كل وصف فى الأصل يصلح أن يكون علة لحكمه بل لا بد للوصف الذى يعلل به حكم الأصل من أن تتوافر فيه جملة شروط . وهذه الشروط استمدها العلماء من استقراء العلل المنصوص عليها . ومن مراعاة تعريف العلة . ومن الغرض من التعليل وهو تعدية الحكم إلى الفرع . ومن هذه الشروط شروط اتفقت على اشتراطها كلمة الأصوليين . ومنها شروط لم تتفق عليها كلمتهم . ونحن نذكر الشروط المتفق عليها . ثم نتبعها بالشروط المختلف فى اشتراطها مقتصرين على ما يظهر أنه شرط فى العلة لأن بعض المؤلفين خلط شروط العلة بغيرها وعد جملة شروط العلة خمسة وعشرين .

الشروط المتفق عليها أربعة

أولها : أن تكون وصفاً ظاهراً، ومعنى ظهوره أن يكون محساً يدرك بحاسة من الحواس الظاهرة لأن العلة هى المعرف للحكم فى الفرع فلا بد أن تكون أمراً ظاهراً يدرك بالحس فى الأصل ويتحقق بالحس من وجوده فى الفرع كالإسكار الذى يدرك بالحس فى الخمر ويتحقق بالحس من وجوده فى نبيذ آخر مسكر. والقدر مع اتحاد الجنس الذى يدرك بالحس فى الأموال الربوية الستة ويتحقق بالحس من وجودهما فى مال آخر.

فلا يصح التعليل بأمر خفى لا يدرك بحاسة ظاهرة لأنه لا يمكن التحقق من وجوده ولا عدمه فلا يعلل ثبوت النسب بحصول نطفة الزوج فى رحم زوجته بل بمظنته الظاهرة وهي عقد الزواج الصحيح، ولا يعلل نقل الملكية فى البدلين بتراضى المتبايعين بل بمظنته الظاهرة وهي الإيجاب والقبول. ولا يعلل بلوغ الحلم بكمال العقل بل بمظنته الظاهرة وهي بلوغ ١٥ سنة أو ظهور علامة من علامات الرجولة قبلها.

وثانيها : أن تكون وصفاً منضبطاً ومعنى انضباطه أن يكون له حقيقة معينة محددة يمكن التحقق من وجودها في الفرع بحدها أو بتفاوت يسير. لأن أساس القياس تساوى الفرع والأصل فى علة حكم الأصل، وهذا التساوى يستلزم أن تكون العلة مضبوطة محدودة حتى يمكن الحكم بأن الواقعتين متساويتان فيها كالقتل العمد العدوان من الوارث لمورثه حقيقته مضبوطة ويمكن التحقق من وجودها فى قتل الموصى له للموصى، والاعتداء فى ابتياع الإنسان على ابتياع أخيه حقيقته مضبوط ويمكن التحقق من وجودها فى استئجار الإنسان على استئجار أخيه.

فلا يصح التعليل بالأوصاف المرنة غير المضبوطة التى تختلف اختلافا بيناً باختلاف الظروف والأحوال والأفراد، فلا تعلل إباحة الفطر فى رمضان للمريض أو المسافر بدفع المشقة بل بمظنتها وهو السفر أو المرض.

وثالثها : أن يكون وصفاً مناسباً. ومعنى مناسبته أن يكون مظنة لتحقيق حكمة الحكم أى أن ربط الحكم به وجوداً وعدماً من شأنه أن يحقق ما قصده الشارع

من تشريع الحكم من جلب نفع أو دفع ضرر، لأن الباعث الحقيقى على تشريع الحكم والغاية المقصودة منه هو حكمة الحكم ، ولو كانت هذه الحكمة فى جميع الأحكام ظاهرة مضبوطة لكانت هى علل الأحكام لأنها هى الباعثة على تشريعها ، ولكن لعدم ظهورها فى بعض الأحكام وعدم انضباطها فى بعضها أقيمت مقامها أوصاف ظاهرة مضبوطة ملائمة ومناسبة لها وما ساغ اعتبار هذه الأوصاف عللا للأحكام وإقامتها مقام حكمها إلا لأنها مظنة لهذه الحكمة فإذا لم تكن مظنة لها لم تكن مناسبة ولا ملائمة ولا تصلح علة للحكم ، فالإسكار مناسب لتحريم الخمر لأن فى بناء التحريم عليه حفظ العقول. والقتل العمد العدوان مناسب لإيجاب القصاص لأن فى بناء القصاص عليه حفظ حياة الناس ، والسرقة مناسبة لإيجاب قطع يد السارق والسارقة لأن فى بناء القطع عليها حفظ أموال الناس .

فلا يصح التعليل بالأوصاف الغير مناسبة لحكمة تشريع الأحكام وتسمى الأوصاف الطردية أو الاتفاقية التى لا علاقة لها بالحكم ولا بحكمته كلون الخمر . أو كون القاتل عمداً عدواناً مصرى الجنس . أو كون السارق أسمر اللون . أو كون المفطر عمداً فى رمضان أعرابياً . ولا يصح التعليل بأوصاف مناسبة بأصلها ولكن طرأ عليها فى بعض الجزئيات ماذهب بمناسبتها وجعلها قطعاً غير مظنة لحكمه التشريع. فصيغة البيع من المكره لا تصلح علة لنقل الملكية ، وزوجية من ثبت عدم تلاقيهما من حين العقد لا تصلح علة لثبوت النسب ، وبلوغ من بلغ مجنونا لا يصلح علة لزوال الولاية النفسية عنه .

ورابعها : أن لا تكون وصفاً قاصراً على الأصل . ومعنى هذا أن تكون وصفاً يمكن أن يتحقق فى عدة أفراد ويوجد فى غير الأصل . لأن الغرض المقصود من تعليل حكم الأصل تعديته إلى الفرع ، فلو علل بعلة لا توجد فى غير الأصل لا يمكن أن تكون أساساً لقياس ، ولهذا لما عللت الأحكام التى هى من خصائص الرسول بأنها لذات الرسول لم يصح فيها القياس . وعلى هذا فلا يصح تعليل تحريم الخمر بأنها نبيذ العنب تخمر . ولا تعليل تحريم الربا فى الأموال الربوية الستة بأنها ذهب أو فضة.

و بعض الأصوليين خالف فى اشتراط هذا الشرط فى العلة. وكان ينبغى أن لا يكون فى اشتراط هذا الشرط خلاف لأن البحث هو فى شروط العلة التى هى ركن القياس وأساسه ، ولا تكون العلة أساس القياس إلا إذا كانت متعدية أى أمراً غير خاص بالأصل يمكن أن يشترك فيها الفرع والأصل.

أما الشروط التى اختلف الأصوليون في اشتراطها فى العلة والراجح فى رأيى اشتراطها فهى أربعة :

أولها : أن تكون مطردة ، ومعنى اطرادها أنها كلما وجدت وجد الحكم ، ليتحقق أنها كلما وجدت فى محل ساوي الأصل فى علته ساواه فى حكمه . فالوصف الذى يتخلف الحكم مع وجوده لا يصح أن يعلل به الحكم . فلا يصح أن يعلل تحريم الربا فى الأموال الربوية الستة بالقوت أو الطعم مع اتحاد الجنس لأن القوت مع اتحاد الجنس يوجد فى أقوات كثيرة من الخضر والفاكهة وهى ليست أموالا ربوية ، و بعضهم يعبر عن هذا الشرط بقوله أن تكون العلة سالمة من النقض.

وثانيها : أن تكون منعكسة ، ومعنى انعكاسها أنها كلما انتفت انتفى الحكم لأن الحكم فى الفرع يبنى على وجودها فيه فإذا لم توجد لم يساو الأصل فلا يثبت فيه حكمه ، وهذا ظاهر إذا كان للحكم علة واحدة ، أما إذا كان للحكم الشرعى علل متعددة فلا يلزم من انتفاء علة منها انتفاء الحكم لأنه يوجد بناء على وجود علة أخرى من علله كإباحة الفطر فى رمضان علته المرض أو السفر فلا يلزم من انتفاء أحدهما انتفاء إباحة الفطر لأنها قد توجد لوجود الآخر ، وكانتقاض الوضوء له عدة علل ، ولا يلزم من انتفاء علة منها انتفاء الانتقاض ، وكاستحقاق الإرث علته واحد من ثلاثة ولا يلزم من انتفاء علة منها انتفاء استحقاق الإرث.

وثالثها : أن تكون سالمة من الكسر ، ومعنى سلامتها من الكسر أن لا تخرج عن كونها مظنة لحكمة الحكم ، فإن قطع بأنها ليست مظنة لحكمة الحكم فى جزئية من الجزئيات فهى منكسرة ولا يصح بناء الحكم عليها فى هذه الجزئية . ولهذا بطل بيع المكره لأن الصيغة مع الإكراه ليست مظنة التراضى فليست علة . ولم يثبت

نسب الزوجة من زوج فى سن ليس أهلا فيها لأن تحمل منه زوجته ، ولم تسمع دعوى نسب بزوجية لم يتلاق فيها الزوجان من حين العقد .

ورابعها : أن لا يكون اعتبارها علة مصادماً نصاً شرعياً ، لأن اعتبار الوصف علة هو حكم اجتهادى بعليته ، وكل حكم اجتهادى خالف نصاً فهو مردود ، ومن هذا فتوى يحيى بن يحيى الليثى المالكى فقيه الأندلس وتلميذ الإمام مالك بن أنس لما أفطر أحد ملوك الأندلس عمداً فى رمضان فقد أفتاه بأن كفارة إفطاره عمداً صيام شهرين متتابعين ، وعلل حكمه بأن ما عدا الصيام من أنواع الكفارة سهل يسير عليه لا يردعه وهذا تعليل بأمر مناسب ملائم معقول المعنى ولكن فيه مخالفة لما ورد به النص من أن كفارة المفطر عمداً فى رمضان إعتاق رقبة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً . ومن هذا تعليل الحنفية نفاذ تزويج المرأة نفسها بغير إذن وليها بأنها مالكة نفسها فتتصرف وحدها قياساً على تصرفها فى كل أموالها لأن هذا مصادم نص الحديث : « أيما امرأة زوجت نفسها بغير إذن وليها فزواجها باطل » ويسمى مثل هذا الوصف المناسب الملغى .

وإنما رجحنا اشتراط هذه الشروط الأربعة فى العلة لأن الشرطين الأولين وهما إطرادها وانعكاسها هما من لوازم العلية لأن كل علة للحكم هى سببه . والسبب هو ما يلزم من وجوده وجود المسبب ومن عدمه عدمه . ولأن بناء حكم الفرع على العلة يقتضى هذا الاطراد والانعكاس . ولأن الشرط الثالث وهو السلامة من الكسر مآله هو أن تبقى مناسبة الوصف ومظنته لحكمة الحكم متحققة ، فإذا انخرمت هذه المناسبة وصار الوصف قطعاً غير مظنة للمئنة فقد شرطاً من الشروط المتفق عليها فى العلة وهو المناسبة ، ولأن الشرط الرابع وجه اشتراطه ظاهر ، لأن الحكم الاجتهادى إذا عارض نصاً فهو حكم غير صحيح .

وأما الشروط التى اختلف الأصوليون فى اشتراطها والراجح فى رأيى عدم اشتراطها ، فمنها ما يأتى :

١ — أن لا تكون العلة أمراً عدمياً سواء أكان ما تعلل به حكماً وجودياً أو عدمياً ، لأن العدم إن كان مطلقاً فهو ليس شيئاً ولا يبنى عليه حكم ، و إن كان عدماً مضافاً إلى وصف مناسب كان فى الحقيقة مانعاً من الحكم لا علة له ، فلايسوغ أن يعلل إيجاب قتل المرتد بعدم إسلامه . وأما قول الحنفية لا يُضمن ولد المغصوب لأنه لم يغصب . فمعناه انتفى الضمان فيه لانتفاء سببه إذ الأصل أنه لا ضمان ما لم يوجد سبب يوجبه . و إنما رجحنا عدم اشتراط هـذا الشرط لأنه لا يحترز به عن شيء وكل جزئية ظاهرها أن فيها تعليلا بعدم إذا حقق النظر فيها يتبين أنهـا تؤول إلى التعليل بأمر وجودى . أو إلى انتفاء الحكم لانتفاء سببه ، فإيجاب قتل المرتد علته إصراره عل ردته واستمراره . وانتفاء الضمان لولد المغصوب علته السير على الأصل ، والأصل أنه لا ضمان ما لم يوجد ما يغير هذا الأصل . ولهذا قال الكمال بن الهمام : كل ما ظاهره تعليل بعدم وصف فالحقيقة أن التعليل فيه بالوصف الوجودي المضاد لذلك العدم كالاستمرار والإصرار على الردة فهو وصف وجودى مضاد لعدم الإسلام .

٢ — أن لا يؤدى التعليل بهـا إلى إبطال حكم الأصل لأن هذا ينافى المقصود من التعليل وهو تعدية حكم الأصل إلى الفرع . ومثاله ورد فى النص « في كل أر بعين شاة شاة » فلا يصح أن يعلل إيجاب الشاة فى الأر بعين بسد حاجة الفقير لأن هذا يؤدى إلى جواز الزكاة بقيمة الشاة و يؤدى إلى أن يكون الواجب فى الأر بعين أحد أمر ين الشاة أو قيمتها مع أن حكم الأصل إيجاب أمر واحد وهو الشاة . و إنما رجحنا عدم اشتراط هـذا الشرط لأن البحث فى شروط العلة للتعدية لحكم الأصل فلا يتصور التعليل بمـا يبطل هذا الحكم . والمثال السابق فيه مغالطة لأن الحنفية الذين عللوا إيجاب الشاة فى الأر بعين بسد حاجة الفقير وجوزوا بناء على هذا التعليل دفع قيمة الشاة إنما جوزوا دفع القيمة على أنهـا بدل عن الواجب وتجزئ عنه . فهم توصلوا بالتعليل إلى الحكم بأنه يجزئ عن الشاة الواجبة قيمتها . وما تغير بهذا التعليل حكم الأصل وهو إيجاب الشاة في الأر بعين .

٣ — أن لا تكون معارضة بوصف آخر فى الأصل يقتضى نقيض حكمها ، لأن التعليل بأحد الوصفين المتعارضين ترجيح للمتساويين بغير مرجح ، ومثال هذا ما يأتى : اتفق الحنفية والشافعية على أن حلى الصغيرة لا تجب فيها الزكاة ، واختلفوا فى حلى البالغة ، فقال الشافعية لا تجب فيها الزكاة أيضا قياساً على حلى الصغيرة لاشتراكهما فى أن كلا منهما مال مباح استعماله . وقال الحنفية تجب فيها الزكاة . وقالوا إن تعليل الشافعية عدم إيجاب الزكاة فى الأصل وهو حلى الصغيرة بأنه مال مباح استعماله معارض بوصف فى الأصل وهو الصغر لأن كونه مالا مباحاً استعماله يقتضى إيجاب الزكاة فيه ، وكون مالكه صغيراً يقتضي عدم إيجاب الزكاة فيه . وإنما رجحنا عدم اشتراط هذا الشرط لأن مرجعه فى الحقيقة إلى أن الوصفين المتعارضين فى الأصل لا بد من ترجيح أحدهما بدليل ليكون هو العلة . و إلى أنه لا قياس مع الفارق بين الأصل والفرع .

أقسام العلة

تنقسم العلة عدة تقسيمات باعتبارات متعددة وأشهر تقسيماتها ثلاثة : —

الأول : تقسيمها من جهة اعتبار الشارع إياها وعدم اعتباره .

الثانى : تقسيمها من جهة المقاصد التشريعية التى تكون مظنة لها .

الثالث : تقسيمها من جهة افضائها إلى المقصود وعدم افضائها إليه .

التقسيم الأول من ناحية اعتبار الشارع إياها وعدمه : قدمنا فى شروط العلة أنه ليس كل وصف فى الأصل يصلح أن يكون علة لحكمه ، وأنه لا يصح التعليل بوصف إلا إذا كان ظاهراً منضبطاً مناسباً ، و بينا أن المراد بمناسبة الوصف للحكم أن يكون مظنة لحكمته أى يكون بناء الحكم عليه ور بطه به من شأنه أن يحقق المصلحة التى شرع الحكم من أجلها . ونقرر هنا أنه ليس كل وصف مناسب توافرت فيه الشروط السابقة يصح أن يعلل به الحكم بل يشترط أن يكون الوصف المناسب

مع ظهوره وانضباطه قد اعتبره الشارع علة بنوع من أنواع الاعتبار ، ومن ناحية اعتبار الشارع للمناسب وعدم اعتباره إياه قسم الأصوليون الوصف المناسب إلى أقسام أربعة : المناسب المؤثر ، والمناسب الملائم ، والمناسب الملغى ، والمناسب المرسل . و بنوا الحصر فى هذه الأقسام على أن الوصف المناسب إذا اعتبره الشارع بعينه علة لحكم بعينه فهو المناسب المؤثر ، و إذا اعتبره الشارع علة بنوع آخر من أنواع اعتبارات ثلاثة سيأتى بيانها ، فهو المناسب الملائم ، وإذا دل الشارع على إلغاء اعتباره بأى دليل فهو المناسب الملغى ، و إذا لم يعتبره الشارع بأى نوع من أنواع الاعتبار . ولم يرتب الحكم على وفقه ولم يدل على إلغاء اعتباره فهو المناسب المرسل . واتفقوا على صحة التعليل بالمناسب المؤثر ، وبالمناسب الملائم ، وعلى عدم صحة التعليل بالمناسب الملغى ، واختلفوا فى صحة التعليل بالمناسب المرسل ، وهذا بيان الأقسام الأربعة وأمثلتها :

١ — المناسب المؤثر : هو الوصف المناسب الذى رتب الشارع الحكم على وفقه ودل النص أو الإجماع على اعتباره بعينه علة للحكم الذى رتب على وفقه . مثاله قوله تعالى : « يسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء فى المحيض » الحكم الثابت بهذا النص هو إيجاب اعتزال النساء فى المحيض ، وقد رتب على أنه أذى . وصوغ النص صريح فى أن علة هذا الحكم الأذى ، فالأذى لإيجاب اعتزال النساء فى المحيض وصف مناسب مؤثر . وقوله صلى الله عليه وسلم « لا يرث القاتل » الحكم الثابت بهذا النص هو منع القاتل مورثه من إرثه وقد رتب على أنه قاتل ، وصوغ النص يومىء إلى أن علة هذا المنع القتل لأن تعليق الحكم بمشتق يؤذن بعلية مصدر الاشتقاق . فالقتل للمنع من الإرث وصف مناسب مؤثر . وقوله تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم » الحكم الثابت بهذا النص أن من لم يبلغ الحلم من اليتامى تثبت الولاية على ماله لوليه ، وقد ثبت بالإجماع أن علة ثبوت الولاية المالية على الصغير صغره ، فالصغر لثبوت الولاية المالية وصف مناسب مؤثر . فكل حكم شرعى رتب على وفق وصف مناسب فى محله

ودل نص أو اجماع على أن هذا الوصف هو علة هـذا الحـكم فهذا الوصف مناسب مؤثر . وهذا أعلى درجات اعتبار الوصف المناسب للتعليل به ، ولذلك سمى القياس المبنى عليه قياساً فى معنى الأصل . فقيس النفاس بالحيض لأنه أذى . وقيس الموصى له القاتل للموصى والموقوف عليه القاتل للواقف بالوارث القاتل للمورث وقيس المجنون والمعتوه بالصغير .

٢ — الملائم المناسب : هو الوصف المناسب الذى رتب الشارع الحـكم على وفقه ولم يدل النص أو الإجماع على اعتباره بعينه علة لنفس الحـكم الذى رتب على وفقه ، ولـكن دل النص أو الإجماع على اعتباره بعينه علة لحـكم من جنس الحـكم الذى رتب على وفقه ، أو اعتبار وصف من جنسه علة لهذا الحـكم بعينه ، أو اعتبار وصف من جنسه علة لحـكم من جنس هـذا الحـكم . فمتى كان الوصف المناسب معتبراً بنوع من هذه الأنواع الثلاثة للاعتبار كان التعليل به موافقاً تصرفات الشارع فى تشريعه وتعليله ، ولهذا يسمى المناسب الملائم ، وهو متفق على صحة التعليل به و بناء القياس عليه .

مثال الوصف المناسب الذى اعتبر هو بعينه علة لحـكم من جنس الحـكم الذى رتب على وفقه الصغر لثبوت الولاية للأب فى تزويج الصغيرة ، وذلك أنه ثبت بالنص أن للأب ولاية تزويج بنته البكر الصغيرة ، فالحـكم وهو ثبوت الولاية رتب على وفق البكارة والصغر ، ولم يدل نص ولا إجماع على أن العلة لهذا الحـكم البكارة أو الصغر ، لـكن ثبت أن الصغر اعتبر هو بعينه علة لحـكم من جنس هذا الحـكم لأنه ثبت بالإجماع اعتباره علة للولاية على مال الصغير والولاية على المال والولاية على النفس وهى ولاية التزويج نوعان من جنس واحد وهو الولاية ، فـكأن الشارع لما اعتبر الصغر علة للولاية على مال الصغيرة اعتبر الصغر علة للولاية عليها بأنواعها ، ومن أنواعها الولاية على تزويجها فعلة ثبوت الولاية للأب على تزويج البكر الصغيرة الصغر ، و بما أن الصغر يتحقق فى الثيب الصغيرة فتقاس على البكر الصغيرة وتثبت عليها ولاية التزويج وتقاس عليها أيضاً من فى حكم الصغيرة وهى المجنونة والمعتوهة .

ومثال الوصف المناسب الذى اعتبر وصف من جنسه علة للحكم الذى رتب على وفقه المطر لإباحة الجمع بين الصلاتين فى وقت واحد . وذلك أنه ثبت بالنص إباحة الجمع بين الصلاتين حال المطر فالحكم وهو إباحة الجمع بين الصلاتين رتب على وفق حال المطر . ولم يدل نص ولا إجماع على أن المطر هو علة هذا الحكم لكن دل نص آخر على إباحة الجمع بين الصلاتين فى وقت واحد حال السفر ، وثبت بالإجماع أن علة إباحة الجمع السفر . والسفر والمطر نوعان من جنس واحد وهو عارض مظنة الحرج والمشقة . فكأن الشارع لما اعتبر السفر علة لإباحة الجمع بين الصلاتين اعتبر كل ماهو من جنسه علة لهذه الإباحة . فعلة إباحة الجمع بين الصلاتين حال المطر المطر ويقاس عليه حال الثلج والبرد .

ومثال الوصف المناسب الذى اعتبر وصف من جنسه علة لحكم من جنس الحكم الذى رتب على وفقه تكرر أوقات الصلوات فى الليل والنهار لسقوط قضائها عن الحائض . وذلك أنه ثبت بالنص أن الحائض فى أثناء حيضها لا تصوم ولا تصلى وأن عليها إذا طهرت أن تقضى الصوم دون الصلاة فالحكم وهو سقوط قضاء الصلوات لم يدل نص على علته ولكن رئى أن تكرر أوقات الصلوات ليلا ونهاراً مظنة الحرج والمشقة فى أدائها . والشارع اعتبر فى تصرفاته أشياء كثيرة من مظان الحرج عللا لأحكام هى رخص وفيها تخفيف على المكلف كالمرض والسفر لإباحة الفطر فى رمضان ، والسفر لقصر الصلاة الرباعية ، وعدم الماء للتيمم . ودفع الحاجة للسلم والعرايا . فكأن الشارع اعتبر كل نوع من أنواع مظان الحرج علة لكل نوع من أنواع الأحكام التى فيها تخفيف . وتكرر أوقات الصلوات من أنواع مظان الحرج . وسقوط قضائها عن الحائض من أنواع الأحكام التى فيها تخفيف .

وهذا النوع من أنواع الاعتبار يفسح المجال للتعليل بالأوصاف المناسبة لأن كل وصف مناسب رتب الشارع الحكم على وفقه لا يخلو من أن يكون أى وصف من جنسه اعتبره الشارع علة لحكم من جنس حكمه، وصحة التعليل بالمناسب بناء على اعتبار جنسه فى جنس الحكم تفتح أبواب القياس لأن مقتضى هذا أن الشارع إذا اعتبر

وصفاً هو مظنة الحرج علة لحكم فيه تخفيف صح اعتبار أى وصف آخر من مظان الحرج علة لحكم آخر فيه تخفيف .

ولا يتصور أن يوجد وصف مناسب رتب الشارع الحكم على وفقه ولم يعتبره بنوع من أنواع الاعتبارات الثلاثة ؛ بل لابد أن يكون الشارع اعتبره ولو باعتبار جنسه علة لجنس حكمه . وعلى هذا فكل وصف مناسب رتب الشارع الحكم على وفقه إما مؤثر ، وإما ملائم . وأما ماسماه بعض الأصوليين بالمناسب الغريب فلايتصور وجوده لأنهم عرفوه بالوصف المناسب الذى رتب الشارع الحكم على وفقه ولم يثبت اعتباره بأى نوع من أنواع اعتبار الملائم . وقد بينا أنه مع السعة فى اعتبار جنس الوصف فى جنس الحكم لايوجد مناسب غريب ، ولهذا لم يذكر صاحب (جمع الجوامع) المناسب الغريب ، واقتصر على تقسيم المناسب إلى مؤثر . وملائم . وملغى . ومرسل . وهذا الذى اخترناه .

٣ — المناسب الملغى : وهو الأمر الذى يبدو فى الظاهر أنه مناسب أى مظنة لمصلحة ، ولكن قام دليل شرعى على إلغاء اعتباره . كالتسوية بين الابن والبنت فى الإرث ، أو بين الزوج والزوجة فى حق الطلاق أو تعيين عقوبة معينة من عقوبات الكفارة على الإفطار عمداً فى رمضان .

٤ — المناسب المرسل : وهو الوصف الذى لم يرتب الشارع حكما على وفقه ولم يدل بدليل على اعتباره بنوع من أنواع الاعتبار ، ولم يدل بدليل على إلغائه . وهذا هو الذى يسمى المصلحة المرسلة . وهو الذى اختلف الأصوليون فى بناء الحكم عليه وعدم بنائه ، فمنهم من قال : لايبنى على المصلحة حكم ولا تعتبر دليلا شرعيا إلا إذا قام دليل من الشارع على اعتبارها . ومنهم من قال يحتج بها شرعا وتبنى عليها الأحكام ما دامت لا دليل على إلغائها ، لأن الوقائع لا تتناهى والمصالح تتجدد ولو لم تعتبر المصالح المرسلة المتجددة لوقف التشريع وخلت وقائع كثيرة من أحكام . وينبغى أن يراعى أن التعليل بالمصلحة المرسلة إنما هو للاستدلال بها على حكم ؛ لا لإجراء قياس بناء

عليها ، لأنه لا قياس إلا حيث ورد حكم بنص والفرض هنا أنه لا حكم للشرع ، فلا أصل يقاس عليه .

فكل وصف مناسب أى مظنة لمصلحة لم يقم دليل من الشارع على اعتباره علة الحكم. ولا دليل على إلغاء اعتباره يصح بناء حكم عليه بشرط أن تكون المصلحة التى هو مظنة لها والتى يشرع الحكم من أجلها مصلحة عامة حقيقية لا يؤدى التشريع بناء عليها إلا معارضة نص أو إجماع .

وقد بينا فى غير موضع أن بناء التشريع على المصالح المرسلة من أظهر نواحى مرونة المصادر التشريعية الإسلامية ، لأن كل مصلحة تجد وتقتضيها الحاجة وتخلقها البيئة تجد فى التشريع الإسلامى متسعاً لتحقيقها ما دامت مصلحة حقيقية لا وهمية ولا هوائية ومصلحة عامة لا فردية ولا شخصية . ومن قال لا يبنى التشريع إلا على مصلحة قام دليل من الشارع على اعتبارها بذاتها فقد أخطأ وسد باب التشريع ووقف به عن مسايرة البيئات والحاجات . وقد قال القرافى : « إن الصحابة عملوا أموراً لمطلق المصلحة لا لتقدم شاهد بالاعتبار » . ونقل ابن القيم فى كتابه (الطرق الحكيمة) عن ابن عقيل قوله : « السياسة كل فعل يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد وإن لم يضعه الرسول ولا نزل به وحى . ومن قال لا سياسة إلا بما نطق به الشرع فقد غلط وغلّط الصحابة ، فقد جرى من الخلفاء الراشدين مالا يجحده عالم بالسنن ، وكفى تحريق على الزنادقة ، وتحريق عثمان المصاحف ، ونفى عمر نصر بن الحجاج » . ومن رجع إلى عهد الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين واستقرأ ما شرعوه لما واجههم من المصالح المتجددة تبين أن هؤلاء المهتدين شرعوا فى عهودهم كل ما يحقق المصلحة ، أى كل ما يجلب نفعاً للناس أو يدفع ضراً عنهم وما وقفوا عند مصلحة للبحث فى أنها قام دليل على اعتبارها من الشارع ، ذلك لاعتقادهم أن كل مصلحة ما دامت قام البرهان على أنها مصلحة عامة حقيقية ، فهى من مقاصد الشارع فى الجملة ، وحيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله ، فأبو بكر جمع ما كان مدوناً فيه القرآن مفرقاً . وحارب مانعى الزكاة . واستخلف على المسلمين

عمر . وعمر أوقع الطلاق ثلاثاً بكلمة واحدة . ومنع سهم المؤلفة قلوبهم . ولم ينفذ حدّ السرقة عام المجاعة . ووضع الخراج . ودوّن الدواوين . واتخذ السجون . وعهد بأمر الخلافة إلى شورى ستة . وعثمان جدد أذاناً ثانياً يوم الجمعة . وجمع الناس على مصحف واحد وأحرق ما عداه . وَوَرّثَ زوجة المطلق فراراً من إرثها . وعلىٌّ حرق الرافضة . ومالك أباح تعزير المتهم بالسرقة وحبسه ليقر . وأبو حنيفة حجر على المفتى الماجن والمكارى المفلس . والشافعى أوجب قتل الجماعة بالواحد . ولا تكاد تحصى الأحكام التى استنبطها الصحابة والأئمة المجتهدون تحقيقا لمصالح مرسلة . وأكثر الأئمة بناء للتشريع على المصالح المرسلة أبو حنيفة وأصحابه . ومن نظر إلى تأويلهم بعض النصوص تبين أن دليلهم على التأويل فى أكثر الحالات المصلحة المرسلة . ومن نظر إلى ما استنبطوه بالاستحسان تبين أن وجه الاستحسان فى أكثر الحالات المصلحة المرسلة . ومقتضى مذهبهم فى التوسع فى اعتبار العلة أن المصالح التى تبدو أنها مرسلة هى فى الحقيقة معتبرة لامرسلة ، لأن كل مصلحة إما ضرورية للناس ، أو حاجية ، أو تحسينية . وكل مصلحة ضرورية هى معتبرة من الشارع لاندراجها هى وما اعتبره الشارع من المصالح الضرورية فى جنس واحد ، وكذا كل مصلحة حاجية وأية مصلحة تحسينية .

ويؤخذ مما بسطه الغزالى فى كتابه (المستصفى) فى بحث المصالح المرسلة أن المصلحة إذا كانت ضرورية ، قطعية ، كلية ، تعتبر ويبنى عليها الحكم ولو عارض حكم النص أو الإجماع . ومثل لهذا بما إذا كان فى يد الدولة المحاربة للمسلمين أسرى مسلمون وتترس جيشهم بجماعة منهم فلو لم تقتل هؤلاء الأسرى هزم المسلمون وغلبوا على أمرهم وأبيدوا . ولو قتلوا حفظ المسلمون وانتصروا على أعدائهم ، وقال إن قتل هؤلاء الأسرى المسلمين هوقتل مسلم معصوم يخالف قوله تعالى : « ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها » ولكنه ارتكاب أهون الشرين لاتقاء أشدهما والضرورات تبيح المحظورات .

خلاصة هذا التقسيم

الأمر المناسب للحكم وهو ما يكون مظنة لحكمته ، ينقسم أربعة أقسام :

١ — مناسب اعتبره الشارع بأتم وجوه الاعتبار ، ويسمى المناسب المؤثر .

٢ — ومناسب اعتبره الشارع ، ولكن بوجه من وجوه الاعتبار ، ويسمى المناسب الملائم .

٣ — ومناسب ألغى الشارع اعتباره ، ويسمى المناسب الملغى .

٤ — ومناسب سكت الشارع عنه ، فلم يدل على اعتباره بوجه من وجوه الاعتبار ، ولم يدل على إلغاء اعتباره ، ولم يشرع حكما بناء عليه ، ويسمى المناسب المرسل ، أى المطلق عن اعتبار أو إلغاء أو بناء حكم عليه .

١ — فالمناسب المؤثر : هو المناسب الذي دل الشارع على أنه علة للحكم الذى شرعه ؛ سواء كانت دلالته على أنه علة صراحة أو إشارة ، فما دام الشارع دل على أن هذا المناسب هو العلة ، فكأنه دل على أن الحكم نشأ عنه وأنه أثر من آثاره ولهذا سماه الأصوليون المناسب المؤثر .

مثال هذا ؛ قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله ، وذروا البيع » .

دلت صيغة الآية على أن الأمر بترك البيع مرتب على النداء للصلاة من يوم الجمعة ومبنى عليه .

أي دلت على أن الشارع اعتبر هذا النداء علة لترك البيع ، لأن فى ربط هذا الترك بالنداء محافظة على الصلاة ، ولهذا قسنا على البيع كل معاملة تشغل عن الصلاة كالرهن والمداينة ، فقلنا إنها مأمور بتركها كالبيع سواء بسواء .

فالنداء للصلاة من يوم الجمعة بالنسبة للحكم ، وهو تحريم البيع فى هذا الوقت أمر مناسب مؤثر ، لأن صيغة الشارع دلت على أنه هو علة هذا الحكم .

٢ — والمناسب الملائم : هو أمر مناسب لم يعتبره الشارع بعينه علة للحكم ولكن اعتبره فى نص آخر علة لحكم آخر ، وهذا الحكم والحكم الآخر من جنس واحد .

فإذا عللت به الحكم بناء على أن الشارع علل به حكما من جنس هذا الحكم يكون تعليلك ملائماً وموافقاً لتصرف الشارع فى التعليل ، ولهذا سمي المناسب الملائم .

مثال هذا : جاء فى الحديث (لا يزوج البكر الصغيرة إلا وليها) دل الحديث على ثبوت ولاية التزويج على البكر الصغيرة لوليها ، ولكن لم يدل لا صراحة ولا إشارة ، على أن علة ثبوت هذه الولاية عليها أنها بكر أو أنها صغيرة ، مع أن كلا منهما أمر مناسب ، لو ربط الحكم به كان مظنة لتحقيق حكمته .

فعلماء الحنفية رجحوا أن تكون علة ثبوت ولاية التزويج على البكر الصغيرة صغرها . وقالوا فى وجه الترجيح إن الشارع اعتبر الصغر علة للولاية على مال الصغير ، كما يؤخذ من قوله تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم » . وما دام الشارع قد اعتبر الصغر علة للولاية على المال ، والولاية على المال والولاية على التزويج من جنس واحد فيكون الشارع قد اعتبر الصغر علة للولاية على التزويج بوجه من وجوه الاعتبار .

ولهذا نقيس على الصغيرة من فى حكمها من جهة نقص العقل وهى المجنونة أو المعتوهة .

٣ — والمناسب الملغى : هو الأمر الذى يبدو فى الظاهر أنه مظنة لمصلحة أى أن بناء الحكم عليه ، من شأنه أن يحقق مصلحة ، ولكن دل دليل شرعى على إلغاء اعتبار هذا المناسب ومنع بناء الحكم الشرعى عليه . فالمفتى الذى أفتى الملك بأنه لا يكفر ذنب إفطاره عمداً فى رمضان إلا صيامه شهرين متتابعين بناء ، على أن هذا الملك لا يردعه عن ذنبه إلا هذا ، بنى حكمه على أمر مناسب بحسب الظاهر ولكنه ملغى اعتباره بأمر الشارع ، لأن الشارع أوجب الكفارة على من أفطر عمداً فى رمضان بهذا الترتيب :

١ — إعتاق رقبة .

٢ — فمن لم يجد فصيام شهرين .

٣ — فمن لم يستطع فإطعام ٦٠ مسكيناً .

بغير تفريق من الشارع بين غنى وفقير ، وملك وغير ملك .

ومثل هـذا تساوى الإبن والبنت فى القرابة وفى درجتها بالنسبة لتساويهما فى الإرث فهو أمر مناسب بحسب الظاهر ولـكن الشارع ألغى اعتباره بقوله «يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين» .

٤ — والمناسب المرسل : هو الأمر الذى يظهر للمجتهد أن بناء الحـكم عليه يحقق مصلحة ولم يقم من الشارع دليل على اعتباره ، ولا دليل على إلغائه ، فهو مرسل أى مطلق عن دليل اعتبار أو دليل إلغاء وهو الذى يسميه علماء الأصول المصلحة المرسلة .

وأظهر أمثلته ، المصالح التى تقتضيها ما يجد من الأحوال فى مختلف البيئات (ومثاله فى تشريعنا : لا تسمع دعوى الزواج بناء على الشهادة ولا تسمع إلا بوثيقة رسمية — لا يصح الوقف إلا بإشهاد — لا يعقد عقد زواج إلا إذا كانت سن الزوجة ١٦ فأكثر ، وسن الزوج ١٨ فأكثر) .

كل هذه التشريعات بنى الحـكم فيها على مصلحة مرسلة وليس فى أدلة الشرع ونصوصه ومبادئه ما يدل على اعتبارها أو إلغائها .

التقسيم الثانى للعلة باعتبار المصلحة التى هى مظنة لها :

قدمنا أن كل حكم شرعى إنما شرع لحـكمة . وأن حكمة الحـكم هى المصلحة التى قصدها الشارع بتشريعه ، وأن العلة لابد أن تـكون مظنة لما قصـد بالحـكم من المصالح .

وقد دل استقراء الأحكام الشرعية وحكمها وعللها فى مختلف موضوعاتها على أن المصالح التى قصدها الشارع ترجع إلى أنواع ثلاثة : تحقيق ماهو ضرورى للناس ، وتحقيق ماهو حاجى لهم ، وتحقيق ماهو تحسينى لهم . و بتحقيق ضروريات الناس ،

وحاجياتهم ، وتحسيناتهم ؛ تتحقق مصالحهم على أكمل وجه . وكل وصف اعتبره الشارع علة لحكم بأى نوع من أنواع الاعتبار ، هو مظنة لمصلحة من هذه المصالح .
والمراد بالأمور الضرورية للناس الأمور التى لا تقوم حياتهم إلا بها ، و إذا اختلت كلها أو بعضها اختل نظام حياتهم وعمتها الفوضى . وجملة الضروريات خمسة : الدين والنفس والعرض والمال والعقل . وقد شرع لإيجاد الدين وتثبيته والمحافظة عليه إيجاب الدعوة إليه . والإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر ، وأصول العبادات ، وعقاب من يرتد عنه ، والحجر على المفتى الماجن الذى يعبث بأحكامه . وعقاب كل من ينتهك حرمة الدين بأي قول أوعمل .

وقد شرع لإيجاد النسل وحفظ النفس : أحكام الزواج ، وتحريم الإجهاض ، والتعقيم إلا لضرورة ، و إيجاب القصاص من القاتل عمداً ، والدية والكفارة على القاتل خطأ ، وعقاب كل معتد على نفس أو ما دونها . وقد شرع لحفظ العقل تحريم الخمر وكل مسكر وكل مفتر ومخدر من السائلات أو النباتات أو غيرها .

ومما شرع لإيجاد المال وحفظه إيجاب السعى والعمل ، و إيجاب حد السارق وتعزير الغاصب والنهى عن أكل أموال الناس بالباطل وتضمين من أتلف مال غيره قيمته أو مثله . ومما شرع لحفظ العِرض حد الزانية والزانى ، وحد قاذف المحصنات والوعيد على إشاعة الفاحشة بين الناس .

والمراد بالأمور الحاجية للناس الأمور التى لا تسهل حياتهم ، ولايهون احتمال أعبائها وتكاليفها إلا بها ، و إذا اختلت كلها أو بعضها شقت حياتهم ونالهم الحرج ، ولكن لا تختل ولا تنهار حياتهم كاختلالها وانهيارها بفقد الضروريات ومرجع الحاجيات إلى تيسير أنواع المعاملات والمبادلات والترخيص بأحكام تخفيفية فى حال المشقات و إباحة مالا غنى للانسان عنه .

ومما شرع لتحقيق الحاجيات أحكام الرخص تخفيفاً على المكلف حين السفر والمرض والخطأ والنسيان والإكراه وسائر أسباب المشقات ، و إباحة السلم والعرايا والمساقاة

والمزارعة وسائر العقود التى أبيحت سداً لحاجة الناس ورفع الحرج عنهم . وتضمين الأجير المشترك . وفرض الدية على العاقلة ، و إباحة الصيد ، وميتة البحر . وجعل الأرض مسجداً والتراب طهوراً . وقد أرشد الله سبحانه إلى ما قصد إذ قال عز شأنه : « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج » . وقال : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » . وقال : « يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفاً » .

والمراد بالأمور التحسينية للناس الأمور التى يتوافر بها جمال حياتهم وكمالها وطيبها وبها يدنو مجتمعهم من المثل الأعلى للحياة الطيبة ومرجعها إلى مكارم الأخلاق ومحاسن العادات وما به الجمال والكمال. ومما شرع لتحقيق التحسينيات أحكام الطهارات وستر العورات وآداب المعاملات والندب إلى أخذ الزينة عند كل مسجد والنهى عن الإسراف والتقتير والنهى عن المثلة وعن قتل النساء والصبيان والرهبان فى الجهاد . و إلى هذا أرشد الله سبحانه بقوله : « ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم » .

والإمام الشاطبى فى كتابه الموافقات فصل هذا التقسيم أتم تفصيل وأورد أمثلة عديدة من أحكام الشريعة الدالة على أن الشارع ما قصد بتشريعه إلا تحقيق ضرورى للناس أو حاجى أو تحسينى وراعى فى إيراد الأمثلة إيرادها من كل نوع من أنواع الأحكام من عبادات ومعاملات وعقوبات وغيرها .

و يترتب على هذا التقسيم نتيجتان .

أولا : مراعاة ترتيب المصالح التى قصدها الشارع وتقديم أهمها وهو الضرورى على الذى يليه وهو الحاجى وتقديم كل منهما على التحسينى . وعلى هذا يهمل الحاجى إذا كان فى مراعاته إخلال بضرورى و يهمل التحسينى إذا كان فى مراعاته إخلال بضرورى أو حاجى . والضروريات نفسها ليست فى رتبة واحدة فلا يراعى ضرورى إذا كان فى مراعاته إخلال بضرورى أهم منه . وكذا الحاجيات والتحسينيات ، ولهذا فرض الجهاد محافظة على الدين ولم يراع حفظ النفس ، وأبيح لمن اضطر فى مخمصة شرب المسكر محافظة على النفس ولم يراع حفظ العقل . وأبيح إتلاف مال الغير حين

الإكراه عليه بإتلاف نفس أو عضو محافظة على النفس ولم يراع حفظ المال . وفرضت على المكلف عبادات وعدة تكليفات فيها نوع مشقة عليه محافظة على الدين ولم يراع حاجته إلى دفع كل أنواع المشقات عنه ، وأبيح ترك الوضوء أو الغسل بالماء إذا خيف منه المرض أو زيادته محافظة على صحة البدن ولم يراع التحسين بالطهارة . وأبيح كشف العورة أثناء عملية جراحية أو شبهها محافظة على صحة البدن ولم يراع التحسين بستر العورة .

ثانيا : مراعاة أن أية مصلحة قام البرهان على أنها ضرورية للناس أو حاجية أو تحسينية فهى من مقاصد الشارع ، لأن استقراء أحكام الشارع دل على أن كل ما شرعه الشارع فى مختلف فروع التشريع دائر حول حفظ هذه المصالح بأنواعها فكل تقنين أو تنظيم يرمى إلى تحقيق مصلحة من هذه المصالح فهو شرعى من ناحية أنه متفق ومقاصد الشارع من تشريعه حتى قام البرهان على أنها مصلحة عامة حقيقية .

التقسيم الثالث للعلة باعتبار إفضائها إلى المقصود التى هى مظنة له :

بينا فى شروط العلة أنها يشترط فيها أن تكون مناسبة للحكمة المقصودة من تشريع الحكم بمعنى أن ربط الحكم بها وجوداً وعدماً من شأنه أن يحقق الحكمة ، وهذا ما عبر عنه الأصوليون بقولهم أن تكون العلة مظنة للمئنة ولكن ليست كل علة تحقق الحكمة وتفضى إلى المقصود منها قطعاً فى كل جزئية بل قد تفضى إليه قطعاً أو ظناً أو شكا أو وهماً . وقد لا تفضى إليه قطعاً ، ففى أى هذه الحالات تبقى مناسبتها قائمة ؟ وفى أيها تنخرم مناسبتها ؟

أما حيث تكون العلة محققة للحكمة ومفضية إلى المقصود منها قطعاً فلا خلاف فى عليتها لقيام مناسبتها قطعاً ، فالبيع الصحيح النافذ الذى هو مظنة لتراضى المتبايعين ولسد حاجتهما يفضى قطعاً إلى المقصود منه وينقل الملكية فى البدلين ويحل لكل منهما الانتفاع بما ملك سداً لحاجته . وكذلك حيث تكون العلة مفضية إلى المقصود منها ظناً لأن الظن الراجح كالقطع فى بناء الأحكام عليهما ، فالقتل

العمد العدوان لإيجاب القصاص يفضى إلى المقصود وهو ردع الناس عن القتل ظناً لا قطعاً ، لأن من المجرمين من لا يردعهم القصاص وكل عقوبة على جريمة هى مفضية إلى المقصود منها ظناً لا قطعاً .

وأما حيث تكون العلة مفضية إلى المقصود شكا أو وهماً ، أى أن جانب إفضائها إليه مساو عدمه أو مرجوح فقد اختلف الأصوليون فى أنها تنخرم مناسبتها فى هذه الحال أولا والمختار أنها لا تنخرم لأن المظنة ما دامت تحتمل أن تفضى إلى المئنة فمناسبتها قائمة بوجه من الوجوه . ومثال هذا زواج الآيسة فإن من بلغت سن الإياس لا تلد غالباً فزواجها غالباً لا يفضى إلى المقصود من الزواج وهو التوالد والتناسل . والمختار أن هذا الزواج تترتب آثاره عليه لاحتمال أن يفضى إلى التوالد على خلاف الغالب . وكذا سفر المترف المهيأة له كل وسائل الراحة الذى لا يجدد مشقة فى سفره غالباً فإباحة الفطر له فى رمضان لا يفضي إلى المقصود غالباً وهو دفع المشقة ، والمختار إباحة الفطر له لاحتمال أن يجد فى السفر أية مشقة لا تعرض فى الإقامة .

وأما حيث تكون العلة غير مفضية إلى المقصود منها قطعاً فلا خلاف فى أنها تنخرم مناسبتها ولا تكون علة للحكم ولهذا لا يثبت النسب بزواج مشرقى بمغربية ثبت عدم تلاقيهما من حين زواجهما . ولا يثبت الملك فى البدلين ببيع المكره لأنه ما دام قد ثبت عدم تلاقى الزوجين انتفى أن يكون زواجهما مظنة للاتصال الجنسى ، وما دام البيع بالإكراه انتفى أن تكون الصيغة مظنة التراضى ، وإذا انتفى كون الوصف مظنة للمئنة لم يصلح أن يكون علة . والحنفية القائلون بثبوت النسب فى زواج المشرقى بالمغربية قالوا إنه لم ينتف قطعا كون هذا الزواج مظنة لاحتمال أن يكون أحد الزوجين من أهل الخطوة . وهذا مبنى على الاعتقاد فى كرامات الأولياء ، وما كان ينبغى أن يبنى على هذا تشريع عملى قضائى .

وفى بعض الحالات تفضى العلة إلى المصلحة المقصودة منها ، ولكنها فى الوقت

نفسه تفضى إلى مفسدة ، فهل تنخرم مناسبة العلة بإفضائها إلى مصلحة ومفسدة معاً ؟ وأمثلة هذا كثيرة : فتحديد سن الزواج يفضى إلى مصلحة و إلى مفسدة ، وكذا تقييد تعدد الزوجات وتقييد حق الطلاق ، وكثير من مشروعات القوانين التى لها منافعها وأضرارها .

أما حيث تكون المصلحة راجحة فلا خلاف فى أنه لاتنخرم المناسبة بمفسدة مرجوحة ، لأنه لوانخرمت المناسبة بأنه مفسدة ولو مرجوحة لم يبق أى وصف مناسبا .

وأما حيث تكون المفسدة راجحة فلا خلاف فى أنه تنخرم المناسبة .

وأما حيث يتساويان فالراجح أنها تنخرم ، لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح . ومن هذا قرروا أنه إذا تعارض المانع والمقتضى قدم المانع ، وإذا تعارض المحرم والمبيح عمل بالمحرم .

مسالك العلة

المراد بمسالك العلة الطرق التى يتوصل بها إلى إثبات أن الوصف علة . وأشهر هذه المسالك هى :

أولا : (النص) : فإذا دل نص فى القرآن أو السنة على أن الوصف علة ثبتت علية الوصف بالنص وسمى العلة المنصوص عليها . ودلالة النص على أن الوصف علة قد تكون صراحة ، وقد تكون إيماء أى إشارة وتنبيها لا بصريح العبارة ، فالدلالة على العلية صراحة هى دلالة لفظ فى النص على العلية بوضعه اللغوى مثل ما إذا ورد فى النص لفظ لعلة كذا ، أو لسبب كذا ، أو لأجل كذا . و إذا كان اللفظ الدال على العلية فى النص لا يحتمل غير الدلالة على العلية فدلالة النص على علية الوصف صريحة قطعية كقوله تعالى فى تعليل بعثة الرسل : « رسلا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل » وقوله فى إيجاب أخذ خمس الفىء للفقراء والمساكين : « كى لا يكون دولة بين الأغنياء منكم » وكقول الرسول

صلى الله عليه وسلم « إنما نهيتكم عن ادخار لحوم الأضاحى لأجل الدافة ، فكلوا وادخروا » .

وإذا كان اللفظ الدال على العلية فى النص يحتمل الدلالة على غير العلية فدلالة النص على علية الوصف صريحة ظنية ، مثل قوله تعالى : « أقم الصلاة لدلوك الشمس » وقوله : « فبِظُلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات أحلت لهم » وقوله « يسألونك عن المحيض قل هو أذى ، فاعتزلوا النساء فى المحيض » وقول الرسول صلى الله عليه وسلم فى طهارة سؤر الهرة « أنها من الطوافين عليكم والطوافات » وإنما كانت دلالة النص فى هذه المثل على العلية ظنية ، لأن الألفاظ الدالة عليها فيها ، وهى اللام والباء والفاء ، وإنَّ ؛ كما تستعمل فى التعليل تستعمل فى غيره وإن كان التعليل هو الظاهر من معانيها فى هذه النصوص ، ودلالة النص على العلية إيماء أى إشارة وتنبيها هي الدلالة المستفادة من ترتيب حكم على الوصف واقترانه به بحيث يتبادر من هذا الاقتران فهم علية الوصف للحكم وإلا لم يكن للاقتران وجه ، وذلك مثل قوله صلى الله عليه وسلم : « لايقضى القاضى وهو غضبان » وقوله : « لايرث القاتل » وقوله : « للراجل سهم وللفارس سهمان » وقوله للأعرابى لما قال له واقعت أهلى فى رمضان عمداً : « كَفِّر » .

وبعض الأصوليين يعد الإيماء مسلكا مستقلاً عن النص . وبعضهم يعتبر دلالة بعض أنواع الصريح الظنى من الإيماء ، والأمر فى هذا هين لأن العلية فى كل هذه الأحوال مستفادة من النص ، وكونها صراحة أو إيماء ، قطعية أو ظنية مدارها على وضع اللغة وسياق النص .

ثانياً : (الإجماع) : فإذا اتفق المجتهدون فى عصر من العصور على علية وصف لحكم شرعى ثبتت علية هذا الوصف للحكم بالإجماع . ومثال هذا إجماعهم على أن علة الولاية المالية على الصغيرة الصغر . وفى عد هذا مسلكا نظر ، لأن نفاة القياس لايقيسون ولا يعللون ، فكيف ينعقد بدونهم إجماع .

ثالثاً : (السبْر والتقسيم) : السبر معناه الاختبار ، ومنه المسبار . والتقسيم هو حصر الأوصاف الصالحة لأن تكون علة حكم الأصل وترديد العلة بينها بأن العلة إما هذا الوصف أو هذا الوصف ، فإذا ورد نص بحكم شرعى فى واقعة ولم يدل نص ولا إجماع على علة هذا الحكم سلك المجتهد للتوصل إلى معرفة علة هذا الحكم مسلك السبر والتقسيم بأن يحصر الأوصاف التى توجد فى واقعة الحكم وتصلح لأن تكون العلة واحداً منها ، ويختبرها وصفاً وصفاً على ضوء الشروط الواجب توافرها فى العلة ، وأنواع الاعتبار الذى تعتبر به ، وبواسطة هذا الاختبار يستبعد الأوصاف التى لايصح أن تكون علة ويستبقى ما يصح أن يكون علة ، وبهذا الاستبعاد وهذا الاستبقاء يتوصل إلى الحكم بأن هذا الوصف هو العلة . مثلا ورد النص بتحريم ربا الفضل والنسيئة فى مبادلة الشعير بالشعير ، ولم يدل نص ولا إجماع على علة هذا الحكم ، فالمجتهد يسلك لمعرفة علة هذا الحكم مسلك السبر والتقسيم بأن يقول علة هذا الحكم إما كون الشعير مما يضبط قدره بالكيل ، وإما كونه طعاماً ، وإما كونه مما يقتات به ويدخر ، لكن كونه طعاماً لايصلح علة ، لأن هذا الحكم ثابت فى الذهب والفضة وليس واحد منهما طعاماً ، وكونه قوتاً لايصلح أيضاً لأن هذا الحكم ثابت فى الملح وليس قوتاً ، فيتعين أن تكون العلة كونه مقدراً . وبناء على هذا يقاس على ما ورد فى النص كل المقدرات بالكيل أو الوزن ، فى مبادلتها بجنسها يحرم ربا الفضل والنسيئة ، وكذا ورد النص بتزويج الأب بنته البكر الصغيرة ولم يدل نص ولا إجماع على علة ثبوت هذه الولاية ، فالمجتهد يردد العلية بين كونها بكراً وكونها صغيرة ويستبعد البكارة لأن الشارع ما اعتبرها للتعليل بنوع من أنواع الاعتبار ويستبقى الصغر لأن الشارع اعتبره علة الولاية على المال ، وهى والولاية على التزويج من جنس واحد ، فيحكم بأن العلة الصغر ويقيس على البكر الصغيرة الثيب الصغيرة بجامع الصغر . وكذا ورد النص بتحريم شرب الخمر ولم يدل نص على علة الحكم ، فالمجتهد يردد العلية بين كونه من العنب أو كونه

سائلا أو كونه مسكراً و يستبعد الوصف الأول لأنه قاصر ، والثانى لأنه طردى غير مناسب و يستبقى الثالث فيحكم بأنه علة .

وخلاصة هذا المسلك أن المجتهد عليه أن يبحث فى الأوصاف الموجودة فى الأصل و يستبعد مالا يصلح أن يكون علة منها و يستبقى ما هو العلة حسب رجحان ظنه وهاديه فى الاستبعاد والاستبقاء تحقيق شروط العلة بحيث لا يستبقى إلا وصفاً ظاهراً منضبطاً متعدياً مناسباً معتبراً بنوع من أنواع الاعتبار . وفى هـذا تتفاوت عقول المجتهدين لأن منهم من يري المناسب هذا الوصف ، ومنهم من يرى المناسب وصفاً آخر . فالحنفية رأوا المناسب فى تعليل التحريم فى الأموال الر بو ية القدر مع اتحاد الجنس . والشافعية رأوه الطعم مع اتحاد الجنس . والمالـكة رأوه القوت والادخار مع اتحاد الجنس . والحنفية رأوا المناسب فى تعليل ثبوت الولاية على البكر الصغيرة الصغر ، والشافعية رأوه البكارة .

و بعض علماء الأصول عد من مسالك العلة تنقيح المناط . والمراد بتنقيح المناط تهذيب ما نيط به الحـكم و بنى عليه وهو علته . والحق أن تنقيح المناط إنما يكون حيث دل النص على العلية من غير تعيين وصف بعينه علة فهو ليس مسلكا للتوصل به إلى تعليل الحـكم لأن تعليل الحـكم مستفاد من النص و إنمـا هو مسلك لتهذيب وتخليص علة الحـكم مما اقترن بها من الأوصاف التى لا مدخل لها فى العلية . ومثال هذا ما ورد فى السنة من أن أعرابياً جاء إلى رسول الله وقال له : هلـكت . فقال له الرسول : ما صنعت ؟ فقال واقعت أهلى فى نهار رمضان عمداً . فقال له الرسول : كَفِّر . . . الحديث . فهذا النص دل بالإيماء على أن علة إيجاب التـكفير على الأعرابى ما وقع منه . ولـكن هذا الذى وقع منه فيه ما لا مدخل له فى العلية لإيجاب التـكفير مثل كونه أعرابيا ، وكونه واقع زوجته ، وكونه واقع فى نهار رمضان من تلك السنة بعينها . فالمجتهد يستبعد هذه الأوصاف لأنها لا مدخل لها فى العلية ، و يستخلص أن العلة هي الوقاع عمداً فى نهار رمضان ، وعلى هذا تجب الـكفارة على من أفطر عامداً

فى نهار رمضان بالجماع خاصة ، وهذا مذهب الشافعى . وأما الحنفية فقالوا إن مثل الجماع كل مفطر وهذه المماثلة تفهم بالتبادر فتجب الكفارة على كل من أفطر عمداً فى نهار رمضان بجماع أو بأكل أو بشرب أو غيرها ، فيكون المناط لإيجاب الكفارة عندهم بعد تهذيبه هو المفسد للصوم عمداً ، وهذا الاستبعاد وتهذيب العلة مما اقترن بها ومما لا مدخل له فى العلية هو تنقيح المناط . ومن هذا يتبين أن تنقيح المناط غير السبر والتقسيم . لأن تنقيح المناط يكون حيث دل نص على مناط الحكم ولكنه غير مهذب ولا خالص من اقتران ما لا مدخل له فى العلية به . وأما السبر والتقسيم فيكونان حيث لا نص أصلا على مناط الحكم ويراد التوصل بهما إلى معرفة العلة لا إلى تهذيبها من غيرها . وأما النظر فى استخراج العلة غير المنصوص عليها ولا المجمع عليها بواسطة السبر والتقسيم أو بأى مسلك من مسالك العلة فيسمى تخريج المناط فهو استنباط علة لحكم شرعى ورد به النص ولم يرد نص بعلته ولم ينعقد إجماع على علته . وأما تحقيق المناط فهو النظر فى تحقق العلة التى ثبتت بالنص أو الإجماع أو بأى مسلك فى جزئية أو واقعة غير التى ورد فيها النص ، كما إذا ورد النص بأن علة «اعتزال النساء فى المحيض» الأذى فينظر المجتهد فى تحقيق الأذى فى النفاس . وكما إذا ثبت أن علة تحريم شرب الخمر الإسكار فينظر فى تحقق الإسكار فى نبيذ آخر . فتنقيح المناط هو تهذيب العلة وتعيينها وتخليصها مما لابسها . وتخريج المناط هو استخراج العلة والتوصل إلى معرفتها وتحقيق المناط هو البحث فى تحقق العلة فى أية واقعة .

الاستحسان

١ — تعريفه . ٢ — أنواعه وأمثلته . ٣ — أدلة القائلين به .

٤ — أدلة منكريه ٥ — تحرير محل الخلاف ٦ — الفرق بينه وبين القياس.

١ — تعريفه : الاستحسان فى اللغة العربية عد الشىء حسنا سواء أكان حسيا أم معنويا . يقال استحسن الرأى أو القول أو الطعام أو الشراب إذا عده حسنا. ويقال هذا مما استحسنه المسلمون أى مما رأوه حسنا .

أما فى اصطلاح الأصوليين فهو دليل يُبنى عليه الحكم الشرعى فى بعض الوقائع . وكثيرا ما يرد فى عبارات الفقهاء الحنفية قولهم وقف المحجور عليه للسفه على نفسه غير صحيح قياسا وصحيح استحسانا ، وقولهم سؤر سباع الطير نجس قياسا وطاهر استحسانا، وقولهم عقد الاستصناع غير صحيح قياسا وصحيح استحسانا . ولكن الأصوليين اختلفت عباراتهم فى تعريف الاستحسان كما اختلفوا فى عده دليلا شرعيا على الأحكام . وأبدأ بإيراد بعض التعريفات المختلفة التى عرفوه بها ثم استخلص أوضح تعريف له وأجمعه لأنواعه .

بعض تعريفات الحنفية :

عرفه البزدوى بقوله : الاستحسان هو العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه. أو هو تخصيص قياس بدليل أقوى منه .

وعرفه النسفى بقوله : الاستحسان هو العدول عن قياس إلى قياس أقوى منه أو هو دليل يعارض القياس الجلى .

وعرفه الكرخى بقوله : الاستحسان هو أن يعدل الإنسان عن أن يحكم فى المسألة بمثل ما حكم به فى نظائرها إلى خلافه لوجه يقتضى العدول عن الأول .

بعض تعريفات المالكية :

عرفه ابن العربى بقوله : الاستحسان هو إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارض به فى بعض مقتضياته .

وعرفه الشاطبى بقوله : الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين . فالعموم إذا استمر ، والقياس إذا طرد ، فإن مالكا وأبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأى دليل كان ، والاستثناء من القياس بأى دليل كان .

وعرفه ابن رشد بقوله : الاستحسان هو طرح القياس الذى يؤدى إلى غلو فى الحكم ومبالغة فيه . إلى حكم آخر فى موضع يقتضى أن يستثنى من ذلك القياس .

والشوكانى فى كتابه إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق عن علم الأصول جمع عدة من هذه التعريفات من غير إسناد تعريف إلى قائله فقال : « واختلف فى حقيقته فقيل هو دليل ينقدح فى نفس المجتهد و يعسر عليه التعبير عنه . وقيل هو العدول عن قياس إلى قياس أقوى . وقيل هو العدول عن حكم الدليل إلى العادة لمصلحة الناس . وقيل هو تخصيص قياس بأقوى منه . وقيل هو استعمال مصلحة جزئية فى مقابلة قياس كلى » .

ومن النظر فى تعريفات الاستحسان فى اصطلاح الأصوليين يتبين أمران :

أولهما : أنها على اختلاف ألفاظها تتفق فى أن الاستحسان عندهم هو عدول عن حكم إلى حكم فى بعض الوقائع ، أو هو إيثار حكم على حكم ، أو طرح حكم ، أو ترك حكم ، أو استثناء واقعة من حكم كلى أو تخصيصها من عموم عام . وذلك أن اطراد القياس ، أو تعميم العام ، أو تطبيق الحكم الكلى ، قد يكون فى بعض الوقائع مفوتا مصلحة ضرورية أو حاجية أو تحسينية ، أو موقعا فى مفسدة لخصوصيات تلابس هذه الجزئيات ؛ فيرى المجتهد تحقيقا للمصلحة أو درءا للمفسدة أن يعدل فى هذه الجزئية عن موجب القياس الظاهر فيها ، أو عن شمول العام لها ، أو عن تطبيق الحكم الكلى عليها إلى حكم آخر يراه محققا المصلحة أو دافعا المفسدة . وهذا العدول هو

المسمى فى اصطلاح الأصوليين الاستحسان . والسند الذى يستند إليه المجتهد فى عدوله هو المسمى فى اصطلاحهم وجه الاستحسان . وكلما ذكر الفقهاء حكما بالاستحسان عقبوه ببيان وجه الاستحسان . وهذان مثلان فيهما زيادة إيضاح :

١ — قال فقهاء الحنفية وقف المحجور عليه للسفه إذا كان على نفسه لا يصح قياسا ويصح استحسانا . أما القياس فظاهر لأن الوقف تبرع والمحجور عليه للسفه ليس أهلا للتبرعات . وأما وجه الاستحسان فهو أن الحجر على السفيه إنما هو لحفظ ماله من التبديد ومنعه من التصرف فيه بما لا يرضاه شرع ولا عقل حتى لا يصبح عالة على غيره ، ووقفه إذا كان على نفسه فيه حفظ لماله ، وفيه تأمين له من أن يكون عالة على غيره ؛ فهو يتفق والغرض المقصود من الحجر عليه فيصح .

٢ — وقال فقهاء الحنفية الأجير المشترك وهو الذى يعمل بالأجر للناس كالخياط والكواء إذا هلك مال المؤجر فى يده القياس أنه لا يضمنه إلا إذا ثبت أنه هلك بتعديه أو بتقصيره فى حفظه، والاستحسان أنه يضمنه إلا إذا ثبت أنه هلك بطارىء قاهر خارج عن إرادته مع اتخاذه كل ما يمكنه من وسائل الاحتياط .

أما القياس فظاهر لأن الأجير المشترك أمين على ما فى يده من أموال مستأجريه والأمين لا يضمن ما يهلك فى يده إلا إذا كان هلاكه بتعديه أو تقصيره فى حفظه . وأما وجه الاستحسان فهو أن الأجير المشترك أمين له خاصة وهو أنه مشترك يعمل للكافة ، ولابد من تأمين الناس على أموالهم فى يده ، وهذا التأمين إنما يتحقق باستثنائه من الحكم الكلى لكل أمين والحكم بأنه ضامن ما يهلك فى يده إلا إذا كان الهلاك بحريق شب أو سرقة وقعت أو غير ذلك من الطوارىء الخارجة عن إرادته التى ما كان فى إمكانه تلافى طروئها .

وثانيهما : أن عدول المجتهد قد يكون عدولا عن حكم يقتضيه قياس ، أو عن حكم يقتضيه عموم نص ، أو عن حكم يقتضيه حكم كلى . ولهذا أرى أن التعريفات التى عرفت الاستحسان بأنه عدول عن قياس إلى قياس أقوى منه ؛ أو بأنه تخصيص قياس بدليل ، غير جامعة لأنواع الاستحسان .

وأجمع التعريفات فى رأيى تعريف الكرخى من الحنفية ، وتعريف ابن رشد من المالكية . ومن عبارتيهما نختار أن نعرف الاستحسان بما يأتى : —

الاستحسان هو العدول عن حكم اقتضاه دليل شرعى فى واقعة إلى حكم آخر فيها لدليل شرعى اقتضى هذا العدول . فهو فى الحقيقة ترجيح دليل على دليل يعارضه بمرجح معتبر شرعا . فالترجيح هو المسمى اصطلاحا الاستحسان ، والمرجح هو المسمى اصطلاحا وجه الاستحسان .

٢ — أنواعه : تبين من تعريف الاستحسان أنه عدول عن حكم إلى حكم ، أو إيثار حكم على حكم . وقد اتفق القائلون بالاستحسان على أنه لابد له من سند أى دليل يستند إليه فى هذا العدول أو هذا الإيثار ، وهذا السند هو الذى يسمى وجه الاستحسان ، ومن تنوّع سند الاستحسان تعددت أنواعه عند القائلين به .

فقال الحنفية أنواع الاستحسان أربعة :

النوع الأول : استحسان سنده قياس خفى رجحه المجتهد على قياس جلى . ومن أمثلة هذا ما يأتى :

(١) حقوق الرى والصرف والمرور تدخل فى وقف الأرض الزراعية بدون ذكرها استحسانا ، ولا تدخل بغير ذكرها قياسا . فالقياس الظاهر أن الوقف كالبيع لأن كلا منهما إخراج ملك من مالكه ، فكما لا تدخل هذه الحقوق فى بيع الأرض بغير ذكرها لا تدخل فى وقف الأرض بغير ذكرها . ووجه الاستحسان أن وقف الأرض الزراعية مقصود به الانتفاع بريعها ، ولا يتحقق الانتفاع بريعها إلا بحقوق ريها وصرفها وطريقها ، فالوقف من جهة أن المقصود به الانتفاع بالريع لا تملك العين كالإجارة . وفى إجارة الأرض الزراعية تدخل حقوق ريها وصرفها وطريقها بدون ذكرها ، فكذلك تدخل فى وقفها . والذى رجح قياس وقفها بإجارتها مع خفائه ، على قياسه ببيعها مع ظهوره ، أن هذا القياس الخفى أقوى أثرا من ناحية أنه يحقق الغرض المقصود من الوقف وهو انتفاع الموقوف عليه بريعه .

(ب) إذا اختلف المتبايعان فى مقدار الثمن قبل أن يتسلم المشترى المبيع فقال البائع الثمن مائة وقال المشترى الثمن ثمانون، يتحالفان استحسانا، ولا يحلف البائع قياسا. فالقياس الظاهر أن المتبايعين متفقان فى الثمانين ومختلفان فى العشرين، فالبائع يدعيها والمشترى ينكرها، والبينة على من ادعى، واليمين على أنكر. ووجه الاستحسان أن البائع مدع ومنكر، لأنه يدعى العشرين وينكر على المشترى حقه فى تسلم المبيع قبل أن يقبضها. وكذلك المشترى مدع ومنكر، لأنه ينكر العشرين ويدعى أن له الحق فى تسلم المبيع بدفع الثمانين، والمتداعيان إذا كان كل منهما مدعياً من جهة ومنكرا من جهة أخرى يتحالفان. فالقياس الظاهر أن الخصومة بين مدع ومنكر، والقياس الخفى أن الخصومة بين متداعيين كل منهما مدع ومنكر. والذى رجح القياس الخفى على القياس الظاهر أنه أقطع للنزاع لأن فيه مراعاة الخصومة من جميع نواحيها.

(ج) سؤر سباع الطير كالغراب والحدأة والصقر والنسر طاهر استحسانا، نجس قياساً. فالقياس الظاهر أنه سؤر حيوان محرم لحمه كسؤر سباع البهائم كالذئب والفهد والنمر. ووجه الاستحسان أنه كسؤر الإنسان، لأن سباع الطير تشرب بمنقارها وهو عظم طاهر. وأما سباع البهائم فتشرب بلسانها المختلط بلعابها المتولد من لحمها. فسباع الطير لها خصوصية تقتضى أن تقاس بالإنسان ويحكم بطهارة سؤرها عدولا عن قياسها بسباع البهائم والحكم بنجاسة سؤرها. فالاستحسان من هذا النوع الأول هو فى الحقيقة ترجيح قياس خفى على قياس جلى، لأن الوصف المناسب الذى بنى عليه القياس الخفى مظنة لمصلحة أرجح من الوصف المناسب الذى بنى عليه القياس الجلى، وقوة أثر القياس فى تحقيق المصلحة أولى من ظهوره بالمراعاة.

النوع الثانى: استحسان سنده النص، أى أنه عدول عن حكم كلي إلى حكم آخر فى واقعة لورود الأثر بهذا العدول. ومن أمثلة هذا: نهى رسول الله عن بيع المعدوم ورخص فى السلم — نهى رسول الله عن بيع الرطب بالتمر ورخص فى العرايا — نهى رسول الله عن أن يخضد شجر مكة وأن يختلى خلاها، واستثنى الإذخر. فالحكم

فى السلم والعرايا والإذخر هو عدول عن الحكم الكلى ، ودليل العدول هو الأثر . وكذلك الحكم بصحة الوصية والإجارة والمزارعة والمساقاة هو عدول عن الحكم الكلي فى العقود . ودليل العدول هو الآثار التى دلت على صحة هذا العقود .

النوع الثالث : استحسان سنده العرف ، أى أنه عدول عن مقتضى القياس ، أو العموم لمراعاة العرف . ومن أمثلة هذا : لو حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا لايحنث مراعاة للعرف . وعقد الاستصناع يصح مراعاة للعرف ، ووقف المنقول المتعارف وقفه يصح مراعاة للعرف . ففى كل جزئية من هذه الجزئيات عدول عن موجب القياس ، أو الحكم الكلي ، إلى حكم آخر مراعاة للعرف .

النوع الرابع : استحسان سنده الضرورة ، أى أنه عدول عن الحكم الكلي ، لأن الضرورة قضت بهذا ، ومواضع الضرورات مستثنيات . ومن أمثلة هذا : طهارة الإناء المتنجس بغسله بالماء ؛ فالقياس أنه لايطهر ، لأن كل ماء يصب فى الإناء يخالط النجاسة فيتنجس ، ومخالطة النجس بالنجس لاتطهر ، ولكن للضرورة حكمنا بطهارة الإناء النجس بغسله بالماء . واغتفار الغبن اليسير فى المعاملات ، فالقياس أنه لايغتفر لأن فيه أكل مال الغير بالباطل ، ولكنه لايمكن الاحتراز منه فاغتفر للضرورة . والعفو عن رشاش البول ، فالقياس أنه لا يعفى عنه ، ولا تصح الصلاة بثوب أصابه رشاش بول من الطريق ، ولكنه لايمكن الاحتراز عنه فعفى عنه للضرورة . وطهارة البئر التى مات فيها حيوان فتنجس ماؤه بإخراج كمية من الدلاء منه ، فالقياس أن هذا لايطهره ، ولكنه حكم بطهارته استحسانا للضرورة .

وكلمة الضرورة هنا تشمل الضرورة والحاجة ، أى أن سند العدول عن الحكم إما أمر ضرورى أى لابد منه لحياة الناس ، أو حاجى أى لابد منه لدفع الحرج عنهم .

وقال المالكية أنواع الاستحسان ثلاثة :

الأول : استحسان سنده العرف ، فمن حلف لايأكل لحماً فأكل سمكا لايحنث ؛ فالقياس يوجب أن يحنث ، لأن السمك لحم والقرآن سماه لحما ؛ ففى الآية :

« وتستخرجون منه لحما طريا » ولـكن العرف لايسمى السمك لحما ، فعـدل عن موجب القياس للعرف .

الثانى : استحسان سنده المصلحة . فالأجير المشترك إذا هلك المال فى يده القياس أنه لا يضمن ، ولـكن عدل عن هذا وحكم بضمانه للمصلحة ، وهى المحافظة على أموال الناس وتأمينهم .

الثالث : استحسان سنده رفع الحرج ، ولهذا يغتفر الغبن اليسير فى المعاملات ويتسامح فى التافه .

ومن المقارنة بين أنواع الاستحسان التى عدها الحنفية ، وأنواعه التى عدها المالـكية ، يتبين أنهم اتفقوا فى نوعين : فى الاستحسان الذى سنده العرف ، وفى الاستحسان الذى سـنده المصلحة ، لأن المصلحة تشمل ما سماه الحنفية الضرورة وما سماه المالـكية رفع الحرج ، فالعدول عن الحـكم الذى يقتضيه القياس أو عن عموم العام ، أو عن الحـكم الكلي مراعاة للعرف ، أو للمصلحة ، أى جلب نفع أو دفع ضرر أو رفع حرج ؛ هو الاستحسان بالاتفاق بين القائلين به .

وقد انفرد الحنفية بِعَدّ نوعين : الاستحسان الذى سنده قياس خفى ترجح على قياس جلى ، والاستحسان الذى سنده نص . وأرى أن تسمية كل نوع من هـذين النوعين استحسانا لايظهر له وجـه ، لأن الحـكم فى النوع الأول ثابت بالقياس ، وكون هذا القياس ترجح على قياس يعارضه لايخرج القياس عن أنه هو دليل الحـكم والحـكم ثابت به ، وكذلك الحـكم فى النوع الثانى وهو الذى سنده نص هو ثابت بالنص ابتداء ، وكون هذا النص استثناء ، أو كالاستثناء لا يخرجه عن أنه هو دليل الحـكم والحـكم ثابت به ، فمصدر الحـكم فى النوع الأول القياس ، ومصدر الحـكم فى النوع الثانى النص ، وفى التحقيق لا عدول عن حكم إلى حكم وإنما حكم ابتداء بأرجح القياسين ، وحكم ابتداء بالنص .

هل يعدى الحكم المستحسن ؟

قرر علماء الحنفية أن الحكم الثابت بالاستحسان الذى سنده قياس خفى يصح أن يعدى بواسطة القياس إلى واقعة أخرى . وأما الحكم الثابت بالاستحسانى الذى سنده النص ، أو العرف ، أو الضرورة ، فلا يعدى بواسطة القياس إلى واقعة أخرى لأنه فى هذه الحالات الثلاث حكم معدول به عن القياس فلا يعدى بل يقتصر على محله . ومثلوا لتعدية الحكم الذى سنده قياس خفى بتخالف البائع والمشترى إذا اختلفا فى مقدار الثمن قبل قبض المبيع فقالوا : هذا حكم مستحسن سند استحسانه قياس خفى فيتعدى من البائع والمشترى إلى ورثتهما ، فلو مات البائع والمشترى قبل قبض المبيع واختلف ورثتهما فى مقدار الثمن تحالفا . و يتعدى أيضا من البيع إلى الإجارة ، فإذا اختلف المؤجر والمستأجر فى مقدار الأجرة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا .

وفى هذا نظر فى وجهين ؛ أحدهما : أننا قدمنا فى بحوث القياس أن الحكم الذى يعدى بالقياس هو الحكم الثابت بالنص . وأما الحكم الثابت بالقياس فلا يعدى . وبينا وجه هذا و إثبات التحالف بين ورثتى البائع والمشترى إذا اختلفا فى مقدار الثمن قبل قبض المبيع ليس بالقياس على البائع والمشترى و إنما هو تطبيق للحكم الكلى لكل متداعيين معتبر كل واحد منهما مدعيا ومنكرا فى وقت واحد . وكذلك إثباته بين المؤجر والمستأجر .

وثانيهما : أن الحكم المستحسن إذا كان سنده النص وكان معقول المعنى يصح أن يعدى إلى الواقعة التى تحققت فيها علته . ولهذا لما ورد الترخيص فى العرايا وهي بيع الرطب على النخل بالتمر ، وعلل بأن هذا مما تقتضيه حاجة الناس ، وأن التقدير فيه بالخرص والتخمين يقرب من الحقيقة ، وأن يسير التفاوت عفو عدى هذا الترخيص إلى بيع العنب على الكرم بالزبيب إذا دعت إليه حاجة الناس لأنه مثل العرايا . وقد أثبتنا فى بحوث القياس أن تعدية الحكم بالقياس إلى غير موضع النص أساسه إدراك علة حكم النص سواء كان حكما مبتدأ أو حكما استثنائيا .

٣ — حجية الاستحسان — أشهر المذاهب فى حجية الاستحسان ثلاثة : فذهب جمهور الحنفية والمالكية إلى أنه دليل شرعى تثبت به الأحكام فى مقابلة ما يوجبه القياس، أو العموم . وقد تعددت عباراتهم فى تعريفه وفى بيان أنواعه كما قدمنا . وذهب الشافعى إلى أنه ليس بدليل شرعى و إنما هو تذوق وتلذذ وجرأة على التشريع بالهوى والرأي فى مقابلة ما يوجبه الدليل الشرعى . وذهب فريق إلى أنه دليل شرعي ولكنه ليس دليلا مستقلا بل هو راجع إلى الأدلة الشرعية الأخرى لأن مآله عند التحقيق هو العمل بقياس ترجح على قياس أو العمل بالعرف ، أو المصلحة . ومن هذا الفريق الشوكانى ؛ فقد ختم بحث الاستحسان بما نصه « فقد عرفت بمجموع ما ذكرناه أن ذكر الاستحسان فى بحث مستقل لا فائدة فيه أصلا لأنه إن كان راجعا إلى الأدلة المتقدمة فهو تكرار ، و إن كان خارجا عنها فليس من الشرع فى شىء ، بل هو من التقول على هذه الشريعة بما لم يكن فيها تارة و بما يضادها أخرى .

أما أدلة القائلين بالاستحسان فأظهرها اثنان :

أولها : أنه ثبت من استقراء الوقائع وأحكامها أن اطراد القياس أو استمرار العموم، أو تعميم الكلي، قد يؤدى فى بعض الوقائع إلى تفويت مصلحة الناس لأن هذه الوقائع فيها خصوصيات وتلابسها ملابسات تجعل الحكم فيها بموجب القياس أو العام أو الكلى يجلب المفسدة أو يفوت المصلحة . فمن العدل والرحمة بالناس أن يفتح للمجتهد باب للعدول فى هذه الوقائع عن حكم القياس أو الحكم الكلى إلى حكم آخر يحقق المصلحة و يدفع المفسدة . وهذا العدول المقصود به درء المفاسد وجلب المصالح هو الذى نسميه الاستحسان . و إلى هذا الدليل أشار ابن رشد بقوله : الاستحسان طرح القياس الذى يؤدى إلى غلو فى الحكم ومبالغة فيه إلى حكم آخر فى موضع يقتضى أن يستثنى من ذلك القياس. ومن أنعم النظر فى أمثلة الاستحسان من أى نوع من أنواعه يتبين أن العدول عن موجب القياس أو عموم العام فى كل جزئية منها إنما هو لجلب النفع أو درء الضرر أو لإيثار مصلحة راجحة .

وثانيهما : أنه ثبت من استقراء النصوص التشريعية أن الشارع الحكيم عدل

فى بعض الوقائع عن موجب القياس أو عن تعميم الحكم إلى حكم آخر جلبا للمصلحة أو درءا للمفسدة . فالله سبحانه حرم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به ثم قال : « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » . وتوعد من كفر بالله من بعد إيمانه ثم قال : « إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان » والرسول نهى عن بيع المعدوم ورخص فى السلم، ونهى عن بيع التمر بالرطب ورخص فى العرايا ، ونهى عن أن يقطع شجر مكة واستثنى الإذخر ، وهذا هو عدول عن عموم الحكم أو عن موجب القياس فى بعض الجزئيات لخصوصيات فيها تقتضى هذا العدول ، وكل حكم هو رخصة ما هو إلا عدول عن حكم العزيمة .

وأما أدلة منكرى الاستحسان فقد عبر عنها زعيمهم الإمام الشافعى بعدة عبارات أوردها فى كتابه الأم وفى رسالته الأصولية . وأنا أكتفى بذكر نصوص بعض عباراته فى كتابيه؛ قال فى الأم[1] : « لا يجوز لمن استأهل أن يكون حاكما أو مفتيا أن يحكم ولا أن يفتى إلا من جهة خبر لازم ؛ وذلك : الكتاب ، أو السنة ، أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه ، أو قياس على بعض هذا . ولا يفتى بالاستحسان إذ لم يكن الاستحسان واحدا ولا فى واحد من هذه المعانى » .

وقال فى الأم أيضا : « إذا اجتهد المجتهد فاستحسن فالاجتهاد لعين قائمة إنما هو شىء يحدثه من نفسه ، ولم يؤمر باتباع نفسه ، وإنما أمر باتباع غيره . فإحداثه على الأصلين اللذين افترض الله عليه ، من إحداثه على أصل لم يؤمر باتباعه وهو رأى نفسه . فإذا كان الأصل أنه لا يجوز أن يتبع نفسه ، وعليه أن يتبع غيره . فالاستحسان يدخل على قائله كما يدخل على من اجتهد على غير كتاب ولا سنة » .

وقال فى رسالته الأصولية : « الاجتهاد لا يكون إلا على مطلوب ، والمطلوب لا يكون أبدا إلا لعين قائمة تطلب بدلالة يقصد بها إليها ، أو لشبه عين قائمة . وهذا يبين أن حراما على أحد أن يقول بالاستحسان إذا خالف الاستحسان الخبر .

---

(١) انظر كتاب إبطال الاستحسان فى الجزء السابع من الأم .

(٢) انظر فهرس رسالة الشافعى فى الأصول والصفحات التى ورد فيها الاستحسان — طبعة الحلبى .

والخبر من الكتاب والسنة عين يتوخى معناها المجتهد ليصيبه كالبيت الحرام يتأخاه من غاب عنه ليصيبه ، وليس لأحد أن يقول إلا من جهة الاجتهاد ، والاجتهاد ما وصفت من طلب الحق » .

وقال فيها أيضا : « ولو جاز تعطيل القياس جاز لأهل العقول من غير أهل العلم أن يقولوا فيما ليس فيه خبر بما يحضرهم من الاستحسان وإن القول بغير خبر ولا قياس لغير جائز » .

وقال فيها أيضا : « إذا كان هذا هكذا — يشير إلى تقدير المثل فى قول الله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم — فيما تقل قيمته من المال و يسهل فيه الخطأ كان حلال الله وحرامه أولى أن لا يقال فيهما بالتعسف والاستحسان و إنما الاستحسان تلذذ » .

وقال فيها أيضا : « كل واقعة نزلت بمسلم ففيها حكم لازم وعلى الحق فيها دلالة موجودة ، وعلى المسلم إذا كان فيما نزل به حكم بعينه اتباعه . و إذا لم يكن فيه حكم بعينه طلب الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد ، والاجتهاد القياسى » .

وخلاصة ما يؤخذ من أقوال الشافعى أنه ينكر الاستحسان لأمرين :

أولهما : أن المطلوب من المسلم أن يتبعه هو حكم الله أو رسوله أو حكم مقيس على حكم الله أو رسوله ، والحكم المستحسن للمجتهد هو حكم وضعى لا شرعى وهو مبنى على التلذذ والتذوق ، وما أمر المسلم أن يتبع حكم الهوى والتلذذ .

وثانيهما : أن الله سبحانه شرع لكل واقعة حكما وبين بعض أحكامه بنصوص فى كتابه أو على لسان رسوله ، وأرشد إلى الطريق الواجب الاستدلال به فيما لا نص فيه بقوله « وأولى الأمر منكم » وهذا ما أراده الشافعي بقوله أوما قاله أهل العلم لايختلفون فيه وبقوله : « فإن تنازعتم فى شىء فَرُدُّوهُ إلى الله والرسول » وهذا ما أراده الشافعي بقوله : أوقياس على بعض هذا . فليس للمسلم فيما فيه حكم بالنص إلا أن يتبع النص ، وليس له فيما لاحكم فيه بالنص إلا أن يطلب الدلالة عليه بالطريق الذى أرشد الله إليه وهو القياس . و بالأولى ليس له أن يعدل عن الحكم الذى يقتضيه النص أو القياس

إلى حكم يقول إنه استحسنه، لأن فى هذا تقديم حكم الرأى على حكم الدليل الشرعى

وأما القائلون بأن الاستحسان ليس دليلا شرعياً مستقلاً ، فدليلهم أنه بالنظر فى كل نوع من الأنواع التى سميت استحسانا يتبين أن سند الحكم الشرعى فيه ومصدره هو دليل من الأدلة الشرعية المسلمة . ففى النوع الأول وهو الاستحسان الذى سنده قياس خفى ترجح على قياس جلى ، الحكم ثابت بالقياس . وغاية الأمر أن الواقعة وجد فيها وصفان مناسبان، كل واحد منهما يقتضى قياسا لتعدية حكم ، والمجتهد رجح أحد الوصفين المناسبين ، لأن مناسبته أظهر ، وتأثيرها فى جلب النفع أو دفع الضرر أقوى ، كما رجح الحنفية فى تزويج الولى للبكر الصغيرة مناسبة الصغر لثبوت الولاية ، وكما رجح الشافعى مناسبة البكارة لثبوت الولاية . وفى النوع الثانى وهو الاستحسان الذى سنده النص ، الحكم ثابت بالنص . وفى النوع الثالث ، الحكم ثابت بالعرف . وفى النوع الرابع الحكم ثابت بالضرورة أو الحاجة . وعلى هذا لا يوجد دليل مستقل يصح أن يعد دليلا شرعيا مع النص والإجماع والقياس ويسمى الاستحسان .

تحرير محل الخلاف : قال بعض المحققين : الحق أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه ، لأنهم ذكروا فى تفسيره أموراً لا تصلح للخلاف ، لأن بعضها مقبول اتفاقا ، وبعضها مردود اتفاقا ، وبعضها متردد بين القبول والرد ، فما هو مقبول اتفاقا العدول عن موجب قياس إلى موجب قياس أقوى منه ، أو تخصيص موجب قياس بأقوى منه . ومما هو مردود اتفاقا العدول عن موجب الدليل لمجرد الهوى وتوهم المصلحة . ومما هو متردد بين القبول والرد العدول عن موجب الدليل للعرف أو المصلحة ، لأن العرف أو المصلحة إن كانا معتبرين شرعا فالاستحسان بناء عليهما مقبول ، وإذا كانا غير معتبرين شرعا فالاستحسان بناء عليهما مردود .

وقال ابن السمعانى : إن كان الاستحسان هو القول بما يستحسنه الإنسان ويشتهيه من غير دليل فهو باطل ، ولا يقول به أحد ، وإن كان الاستحسان هو العدول عن موجب دليل إلى موجب دليل أقوى منه ، فهذا مما لا ينكره أحد .

ومن هذا يؤخذ أن الخلاف بين القائلين بالاستحسان ومنكريه ليس خلافا حقيقيا وإنما هو خلاف لفظى. فالقائلون به إنما يقرون الاستحسان الذى هو عدول عن موجب دليل إلى موجب دليل أقوى منه أو هو كما قال الكرخى عدول عن الحكم فى مسألة بما حكم به فى نظائرها إلى خلافه لوجه يقتضى هذا العدول، أو هو كما قال ابن رشد طرح القياس الذى يؤدى إلى غلو فى الحكم ومبالغة فيه إلى حكم آخر فى موضع يقتضى استثناء من ذلك القياس. والمنكرون إنما ينكرون الاستحسان الذى هو تشريع بالهوى وترك حكم الدليل الشرعى بمجرد التشهى والتذوق، وهذا لا يتردد فى إنكاره أحد، كما أن المعنى الأول لا يتردد فى القول به أحد. قال صاحب التلويح: الحق أنه لا يوجد فى الاستحسان ما يصلح محلا للنزاع؛ فإن كان النزاع فى صحة العدول عن موجب دليل إلى موجب دليل أقوى فهذا لا ينبغى أن يكون محلا للخلاف لأن ترجيح أحد الدليلين المتعارضين بما يرجحه لا خلاف فيه، وإن كان النزاع فى تسمية هذا العدول استحسانا فلا مشاحة فى الاصطلاح.

وقال الشاطبى فى الموافقات: « من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع فى الجملة فى أمثال تلك الأشياء المعروضة كالمسائل التى يقتضى فيها القياس أمرا إلا أن ذلك الأمر يؤدى إلى تفويت مصلحة من جهة أو جلب مفسدة كذلك ».

الفرق بينه وبين القياس — من المقارنة بين القياس والاستحسان يتبين أن موضع القياس واقعة لا نص ولا إجماع على حكمها ويراد الحكم فيها بما حكم به النص فى واقعة تساويها فى علة الحكم؛ وأما الاستحسان فموضعه واقعة دل على حكمها نص أو قياس ولكن موجب عموم النص أو القياس فيها يؤدى إلى تفويت مصلحة أو جلب مفسدة ولخصوصيات لابست تلك الواقعة ويراد العدول عن موجب عموم النص أو القياس فى هذه الواقعة بناء على الدليل الذى يقضى بهذا العدول. فالقياس يظهر الحكم الشرعى فى واقعة بكر لا حكم فيها، والاستحسان يعدل حكما فى واقعة لضرورة أو حاجة أو دليل يقتضى هذا التعديل.

الاستصلاح

١ — تعريفه .

٢ — الفرق بينه و بين القياس والاستحسان .

٣ — مذاهب العلماء فى الاستصلاح .

٤ — أدلة كل مذهب .

٥ — شروط الاستصلاح .

٦ — الاستصلاح حيث توجد أحكام النصوص .

تعريفه : الاستصلاح فى اللغة العربية طلب الصلاح والخير فى الحسيات والمعنويات يقال استصلح لبدنه واستصلح لأمته أى طلب الصلاح والنفع وجلب الخير ودفع الشر . ومثله أصلح ، قال تعالى على لسان إبراهيم « وأصلح لى فى ذريتى » وقال سبحانه « ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح » .

أما الاستصلاح فى اصطلاح الأصوليين فهو يرجع إلى توخى المصلحة بتشريع الأحكام العملية فيما لم يشرع الشارع فيه أحكاما من الوقائع . وأساس فكرة الاستصلاح فى التشريع الإسلامى أن استقراء الأحكام الشرعية وعللها وأسبابها فى مختلف الوقائع دل على أن الشارع ما شرع الأحكام إلا لتحقيق مصالح الناس ، وأنه ما قصد بكل حكم شرعه إلا حفظ ضروريات الناس وحاجياتهم وتحسينياتهم ، ومن هذه الثلاثة تتكون مصالحهم ؛ وأنه بنى أحكامه على علل ظاهرة فى بناء الأحكام عليها وربطها وجودا بها وعدما تحقيق ما قصده من المصالح ؛ وأن العقل يمكنه أن يدرك المصالح ويمكنه أن يدرك ما هو مظنة لها . فإذا حدثت وقائع لم يشرع الشارع أحكاما لها وتوخى المجتهد المصلحة بالتشريع لها وشرع فيها أحكاما تجلب الخير أو تدفع الشر حسب اجتهاده ، فهو يسير على سنن الشارع فى تشريعه ، ويهدف إلى

الغاية التى قصد إليها الشارع بالتشريع . واجتهاده فى هـذا يسمى فى اصطلاح الأصوليين الاستصلاح أو التشريع للمصلحة المرسلة .

وتحقيقا للمراد من الاستصلاح فى اصطلاح الأصوليين والمراد من المصلحة المرسلة فى اصطلاحهم نقول : إذا شرع الشارع حكما فى واقعة ودل على علة بعينها بنى عليها حكمه . فهذه العلة تسمى فى اصطلاح الأصوليين المناسب المؤثر . ومثاله قوله تعالى «ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء فى المحيض» أوجب الشارع اعتزال النساء فى المحيض ودل على علة هذا الايجاب بقوله هو أذى . فالأذى فى المحيض مناسب مؤثر لإيجاب اعتزال النساء فيه . أما وجه تسميته المناسب فلأن بناء الحكم عليه يدفع مضرة . وأما وجه تسميته المؤثر فلأن تعليل الشارع به دل على أنه أساس الحكم والحكم أثر له . وهذا المناسب المؤثر لاخلاف فى التشريع بالقياس بناء عليه ؛ ولهذا يجب اعتزال النساء فى النفاس وفى حال النزيف متى تحقق أنه أذى .

وإذا شرع الشارع حكما فى واقعة ولم يدل على علة بعينها بنى عليها حكمه ولكن دل على علة بنى عليها حكما من جنس حكمه ، كان هذا دلالة على اعتبار الشارع لما هو علة لحكمه .

ومثاله ما ورد فى السنة من أن البكر الصغيرة يزوجها وليها فقد أثبت الشارع ولاية التزويج على البكر الصغيرة ، ولم يدل على علة ثبوت الولاية عليها أهو صغرها أو بكارتها ولكن الشارع فى قوله سبحانه « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم » دل على أن الصغر أى عدم بلوغ الحلم هو علة ثبوت الولاية المالية والولاية المالية على الصغير وولاية التزويج من جنس واحد . فالعلة المعتبرة فى ثبوت إحداهما تعتبر هى العلة فى ثبوت الأخرى ؛ فالصغر معتبر من الشارع علة للولاية على التزويج بنوع من الاعتبار .

وكذلك إذا دل الشارع على أن وصفا بعينه علة لحكم كان هذا اعتبارا لكل وصف من جنس هذا الوصف علة لهذا الحكم . وكذلك إذا اعتبر جنس الوصف

في جنس الحكم أى أنه إذا دل على اعتبار المناسب بوجه من وجوه الاعتبار فهذا يسمى فى اصطلاح الأصوليين المناسب الملائم . أما وجه تسميته المناسب فظاهر ، وأما وجه تسميته الملائم فلأن التعليل به يلائم و يوافق تعليل الشارع فى تشريعه وتعليله .

وهذا المناسب الملائم كالمناسب المؤثر لا خلاف فى التشريع بالقياس بناء عليه لأن كلا منهما معتبر التعليل به من الشارع . و إن كان اعتبار التعليل بالمؤثر أقوى من اعتبار التعليل بالملائم .

و إذا حدثت واقعة لم يشرع الشارع حكما لها ، ولم تتحقق فيها علة تقتضى إلحاقها فى الحكم بواقعة شرع الشارع حكما لها ، ووجد فيها أمر مناسب لتشريع حكم لها أى أن بناء الحكم على هذا الأمر المناسب فيه جلب نفع أو دفع ضرر ، ولم يوجد دليل شرعى يدل على اعتبار هذا المناسب لبناء التشريع عليه ، أو يدل على إلغاء اعتباره ؛ فهذا المناسب يسمى فى اصطلاح الأصوليين المناسب المرسل ، فهو مناسب لأن بناء الحكم عليه يجلب نفعا أو يدفع ضررا أى أنه مظنة مصلحة . وهو مرسل أى مطلق لأنه لم يقيد بدليل يدل على اعتباره ولا بدليل يدل على إلغائه ولم يشرع الشارع حكما بناء عليه .

مثال هذا : مات فى حروب الردة كثيرون من الصحابة فخاف المسلمون أن يضيع بموتهم حرف من القرآن فجمعوا مفرقه فى مجموعة واحدة . فجمع القرآن حكم بنى على مناسب وهو موت الصحابة وفيهم الحفاظ والقراء ، وهو مرسل لأن الشارع ما اعتبره علة لهذا الحكم وما ألغى اعتباره .

ومثاله : كثر المسلمون فى عهد عثمان وصار الأذان بين يدى الخطيب فى يوم الجمعة غير كاف لإعلام المسلمين بدخول وقت الصلاة ، فجدد أذانا ثانيا . فتجديد أذان ثان حكم على مناسب وهو كثرة المسلمين ، ولم يدل دليل على اعتباره علة لهذا الحكم ولا على إلغائه .

ومثاله : اعتاد أكثر المجرمين الإنكار وتعذر إثبات التهمة عليهم بالأدلة فى كل تهمة ؛ فأباح بعض الأئمة تعزير المتهم ليقر بما ارتكب . فهذه الإباحة بنيت على أمر مناسب مرسل .

ومن هذا يتبين أن المصلحة المرسلة، أو المناسب المرسل فى اصطلاح الأصوليين هو الأمر الذى فى بناء الحكم عليه تحقيق مصلحة ولم يشرع الشارع حكما بناء عليه ولم يدل على اعتباره، ولا على إلغاء اعتباره. والتشريع بناء على هذا المناسب المرسل هو الاستصلاح فى عرف الأصوليين.

الفرق بين القياس والاستحسان والاستصلاح — إذا وجد المجتهد واقعة لا حكم فيها بنص ولا إجماع، ووجدها تساوي واقعة فيها حكم بنص أو إجماع فى علة هذا الحكم. فسوى بين الواقعتين فى الحكم بناء على تساويهما فى علته، فهذه التسوية هى القياس. فمجال القياس واقعة لا حكم فيها، واجتهاد القائس هو فى إلحاقها بواقعة منصوص على حكمها.

و إذا وجد المجتهد واقعة فيها حكم بدليل شرعى، ووجد دليلا يقتضى العدول عن هذا الحكم إلى حكم آخر، فعدل عن حكم الدليل الأول إلى حكم الدليل الثانى لترجحه عنده على معارضه. فهذا العدول هو الاستحسان. فمجال الاستحسان واقعة فيها حكم قام دليل يقتضى تعديل الحكم فيها. واجتهاد المستحسن هو فى ترجيح الدليل الذى يبنى عليه عدوله وتعديله.

و إذا وجد المجتهد واقعة لا حكم فيها بدليل شرعى. ولم يجد واقعة تساويها منصوصا على حكمها يلحقها بها، ووجد فيها أمرا مناسبا أى بناء التشريع عليه مظنة مصلحة، ولكن لا دليل من الشارع على اعتباره ولا على إلغائه، وحكم فيه بما يناسبه، فهذا الحكم يسمى استصلاحا، فمجال الاستصلاح واقعة لا حكم فيها، ولا سبيل إلى الحكم فيها بالقياس، وعمل المستصلح هو التشريع لتحقيق مصلحة مطلقة فى واقعة لا تشريع فيها، فمنع الموصى له من الوصية إذا قتل الموصى قياسا على منع الوارث من الإرث إذا قتل المورث حكم بالقياس لا بالاستحسان ولا بالاستصلاح، وتضمين الأجير المشترك عدولا عن عدم تضمينه. وتوظيف الخراج على أرض السواد عدولا عن قسمتها بين الغانمين استحسان لا قياس ولا استصلاح.

وجمع القرآن ، واتخاذ السجون ، وتعزير المتهم للإقرار ، استصلاح لا قياس ولا استحسان .

مذاهب العلماء فى الاستصلاح .

اتفقت كلمة العلماء على أنه لا مجال للاستصلاح فى العبادات كما أنه لا مجال للقياس فى العبادات ، والسبب فى هذا أن العبادات حق لله وهى تؤدى كما أراد أن يعبد كما وكيفا وزمانا ومكانا ، وليس للعقل سبيل إلى إدراك المصالح التفصيلية التى قصدها الشارع بما شرعه من أحكام العبادات ، لأن أكثر هذه المصالح استأثر الله بعلمها ابتلاء واختبارا لعباده ليبلوهم أيعبدونه كما أمرهم ولو لم تصل عقولهم إلى إدراك حكمته فيما أمرهم به ، وإذا كانت المصالح التفصيلية المقصودة بالعبادات ليست فى متناول عقل الإنسان . فباب الاستصلاج فيها مسدود كباب القياس ، لأن أساس كل منهما تعقل المعنى وإدراك العلة وتوخى المصلحة . ومثل العبادات الحدود والكفارات والمقدرات وكل ما استأثر الله بعلم تفصيلات المصلحة فيه .

وأما ماعدا العبادات والمقدرات من المعاملات وسائر الأحكام فقد اختلف العلماء فى التشريع فيها بالاستصلاح ، وبعبارة أخرى بالعمل فيها بالمصلحة المرسلة .

١ — فذهب مالك وأحمد إلى الأخذ بالاستصلاح فيها ما دامت الواقعة لا نص على حكمها ، ولا سبيل إلى الحكم فيها بالقياس . والمناسب الذى يبنى عليه الحكم فيها مظنة المصلحة ، ولا دليل من الشارع على إلغائه .

٢ — وذهب الشافعى إلى أنه لا تشريع بالاستصلاح كما لا تشريع بالاستحسان ومن استصلح فقد شرع بالهوى مثل من استحسن .

٣ — وذهب الطوفى إلى أن الاستصلاح هو الدليل الشرعى الأساسى فى المعاملات ونحوها ، مما شرعت فيها الأحكام لجلب النفع للناس ودفع الضر عنهم ، فحيثما تحققت المصلحة فثم شرع الله . فأساس التشريع فى المعاملات هو الاستصلاح ، وليس الاستصلاح سبيلا للتشريع فيما لا نص فيه فحسب ، بل هو أساس التشريع وسبيله العام فيما لا نص فيه ، وفيما فيه نص .

أما الحنفية : فالمشهور فى بعض الكتب أنهم لا يأخذون بالاستصلاح ، ولا يعتبرونه دليلا شرعيا ، وهذا غير مسلم ، وفيه نظر من عدة وجوه :

أولها : أن فقهاء العراق فى مقدمة القائلين بأن أحكام الشرع مقصود بها المصالح ، ومبنية على علل هى مظان تلك المصالح ، وهم يأخذون بمعقول النص وروحه ، وكثيرا ما أولوا ظواهر النصوص استنادا إلى معقولها ، والمصلحة المقصودة منها ، فمن البعيد أن الحنفية وهم زعماء فقهاء العراق لا يأخذون بالاستصلاح . وقد كان زعيمهم إبراهيم النخعى فى بحوثه وآرائه لا يصدر إلا عن المصلحة ولا يحتج إلا بالمصلحة .

وثانيها : أنهم قالوا بالاستحسان ، وجعلوا من أنواعه الاستحسان الذى سنده العرف والضرورة والمصلحة ، وما هذا إلا استنادا إلى المناسب المرسل ، وأخذا بالاستصلاح ، ومن البعيد أن يأخذوا بالاستحسان وينكروا الاستصلاح .

أدلة المحتجين بالاستصلاح : استدل المحتجون بالاستصلاح على حجيته بعدة أدلة :

أولها : أن الأحكام الشرعية إنما شرعت لتحقيق مصالح الناس أى لجلب النفع لهم ، أو دفع الضرر عنهم . فإذا كانت الواقعة فيها حكم شرعى بنص أو إجماع أو بقياس على ما فيه نص ، أو إجماع ، يتبع فيها هذا الحكم ، لأنه يحقق المصلحة . وإذا لم يكن فيها حكم بنص ، ولا إجماع ، ولا قياس ، يتوخى الحكم فيها بما يحقق المصلحة . ويكون الحكم المتوخى به المصلحة فيها حكما شرعيا لأنه على سنن أحكام الله ورسوله ، التى ما قصد بها إلا تحقيق مصالح الناس ، والتى دل استقراؤها على أنها تدور مع مصالح الناس ، وحيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله .

وثانيها : أن الوقائع تحدث . والحوادث تتجدد . والبيئات تتغير . والضرورات والحاجات تطرأ ، وقد تطرأ للأمة اللاحقة طوارئ لم تطرأ للأمة السابقة ، وقد تستوجب البيئة مراعاة مصالح ما كانت تستوجبها البيئة من قبل ، وقد يؤدى تغير أخلاق الناس وذممهم وأحوالهم إلى أن يصير مفسدة ما كان مصلحة ، فلو لم يفتح للمجتهدين باب التشريع بالاستصلاح ، ضاقت الشريعة الإسلامية عن مصالح

العباد . وقصرت، عن حاجاتهم ، ولم تصلح لمسايرة مختلف الأزمنة والأمكنة والبيئات والأحوال ، مع أنها الشريعة العامة لكافة الناس ، وخاتمة الشرائع السماوية كلها .

وثالثها : أن المصالح التى بنيت عليها أحكام الشريعة هى مصالح معقولة ، أى أن العقل يدرك حسن ما طالب به الشرع ويدرك قبح ما نهى عنه ، والله سبحانه أوجب علينا ما يمكن لعقولنا أن تدرك نفعه ، وحرم علينا ما يمكن لعقولنا أن تدرك ضرره ، فإذا حدثت واقعة لا حكم للشارع فيها ، و بنى المجتهد حكمه فيها على ما أدركه عقله من نفع فيها أو ضرر كان حكمه على أساس صحيح معتبر من الشارع . ولذلك لم يفتح باب الاستصلاح إلا فى المعاملات ونحوها مما تعقل معانى أحكامها ، وأما العبادات ونحوها مما لا تعقل معانى أحكامها ، فلا تشريع فيها بالاستصلاح.

ورابعها : أن أصحاب رسول الله لما طرأت لهم بعد وفاته حوادث وجدّت لهم طوارئ شرعوا لها ما رأوا أن فيه تحقيق المصلحة ، وما وقفوا عن التشريع لأن المصلحة ما قام دليل من الشارع على اعتبارها ، بل اعتبروا أن ما يجلب النفع أو يدفع الضرر حسبما أدركته عقولهم هو المصلحة ، وهو كاف لأن يبنوا عليه التشريع والأحكام ، فأبو بكر جمع القرآن فى مجموعة واحدة ، وحارب مانعى الزكاة، ودرأ القصاص عن خالد بن الوليد . وعمر أوقع الطلاق الثلاث بكلمة واحدة ، ووقف تنفيذ حد السرقة فى عام المجاعة ، وقتل الجماعة فى الواحد . وعثمان جدّد أذانا ثانياً لصلاة الجمعة ، وورث زوجة المطلق الفارّ من إرث زوجته . ودوّنَ مصحفاً واحداً وجمع المسلمين عليه . وعلىّ حرّق الرافضة .

وأصحاب هذا المذهب يتفقون فى الأساس فقط وأصحاب مذهب التحسين والتقبيح العقليين الذين ذهبوا إلى أن ما حسنه العقل فهو الحسن وهو المطلوب لله أن يفعله المكلف و يثاب على فعله و يعاقب على تركه . وما قبحه العقل فهو القبيح وهو المطلوب لله أن يتركه المكلف و يعاقب على فعله و يثاب على الكف عنه . و يتفق فى الأساس أيضا . وأصحاب مذهب المنفعة الذين ذهبوا إلى أن الخير ما جاب أ كبر نفع لأ كثر عدد ، والشر ما جلب الضرر و إنما قلت إنهم يتفقون معهم فى الأساس فقط ، لأن المحتجين بالاستصلاح لا يرون أن الحكم بالاستصلاح هو حكم العقل ،

وإنما يرون أنه حكم الشرع اهتدى إليه العقل على ضوء أحكام الشارع ومبادئه العامة ومقاصده من التشريع .

وهذه أقوال ثلاثة من زعماء المحتجين بالاستصلاح أنقلها بنصوصها لتتبين منها وجهات نظرهم .

قال العز بن عبد السلام [١] : إن معظم مصالح الدنيا ومفاسدها معروف بالعقل ؛ وذلك فى معظم الشرائع ؛ إذ لا يخفى على كل عاقل قبل ورود الشرع أن تحصيل المصالح المحضة ودرء المفاسد المحضة عن نفس الإنسان وعن غيره محمود حسن ، وأن تقديم أرجح المصالح فأرجحِها محمود حسن ، وأن درء أفسد المفاسد فأفسدها محمود حسن

واتفق العقلاء وكذلك الشرائع على تحريم الدماء ، والأبضاع ، والأموال ، والأعراض ، وعلى تحصيل الأفضل فالأفضل من الأقوال والأعمال .

ومصالح الدارين وأسبابها ومفاسدها لا تعرف إلا بالشرع ، فإن خفى منها شىء طُلب من أدلة الشرع وأما مصالح الدنيا وأسبابها ومفاسدها فمعروفة بالضرورات والتجارب والظنون . ومن أراد أن يعرف المناسبات والمصالح والمفاسد راجحَها ومرجوحَها فليعرض ذلك على عقله ليتدبر أن الشرع لم يرد به ثم ليبْن عليه الأحكام فلا يكاد حكم منها يخرج عن ذلك إلا ما تعبّد الله به عباده ، ولم يوقفهم على مصلحته أو مفسدته ، والشريعة كلها مصالح ، أو تدرأ مفاسد أو تجلب مصالح ، فإذا سمعت الله يقول : « يأيها الذين آمنوا » تدبر نداءه فلا تجد إلا خيراً يحثك عليه أو شراً يزجرك عنه .

وقال أبو إسحاق [٢] الشاطبى الفقيه المالكى : إن الشريعة إنما وضعت لمصالح العباد ، علم ذلك بالاستقراء ، فإن الله تعالى يقول فى بعثة الرسل : « رُسُلاً

---

(١) توفى فى جمادى الأولى سنة ٦٦٠ هـ .

(٢) توفى سنة ٧٩٠ هـ .

مُبشرينَ ومُنذرينَ لِئلا يكونَ للنّاسِ عَلَى اللهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُل » والتعاليل لتفاصيل الأحكام من الكتاب والسنة أكثر من أن تحصى ، كقوله تعالى بعد آية الوضوء : « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم وليتم نعمته عليكم » وكقوله تعالى فى الصيام : « كُتِبَ عليكم الصيام كما كُتِبَ على الذين من قبلكم لعلكم تتقون » وفى الصلاة : « إن الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر » وفى القبلة : « فوَلُّوا وُجوهَكُمْ شَطْرَهُ لِئلا لِلنّاسِ عليكمْ حُجَّةٌ » وفى الجهاد : « أُذِنَ لِلّذينَ يقَاتلونَ بِأنَّهُمْ ظُلِمُوا » وفى القصاص : « وَلَكُمْ فى القِصَاصِ حياةٌ يا أُولِى الألْبَاب » .

وقال محمد بن أبى بكر المعروف بابن القيم (١) : « إن الشريعة الباهرة مبناها على الحكم ومصالح العباد فى المعاش والمعاد ، وهى عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها ، كل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة و إن أدخلت بالتأويل ، فالشريعة عدل الله بين عباده ، ورحمته بين خلقه ، وظله فى أرضه ، وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله أتم دلالة وأصدقها ، وهى نوره الذى به أبصر المبصرون ، وهداه الذى به اهتدى المهتدون ، وشفاؤه التام الذى به دواء كل عليل ، وطريقه المستقيم الذى من استقام عليه فقد استقام على سواء السبيل ، وهى العصمة للناس وقوام العالم ، فبها يمسك الله السموات والأرض أن تزولا .

أدلة من لا يحتجون بالاستصلاح : الذين لا يحتجون بالاستصلاح فى التشريع فريقان : الأول نفاه القياس وهؤلاء حجتهم على إنكار الاستصلاح هى حجتهم على إنكار القياس ، وهى أن أحكام الشارع غير مبنية على علل متسقة تدركها عقولنا . وما نص عليه فى كتابه وعلى لسان رسوله كفيل بتحقيق مصالح الناس . وما سكت عنه فهو على البراءة الأصلية التى خلق الله عليها الأشياء . فهؤلاء لا يقولون بعلل ولا تعليل ولا بقياس ولا استحسان ولا استصلاح ، ويرون أن ما شرعه الله غير محتاج إلى ما يكمله .

---

(١) توفى سنة ٧٥١ هـ .

والفريق الثاني : جمهور من مثبتي القياس في مقدمتهم الإمام الشافعي وقد استدلوا على مذهبهم بعدة أدلة .

أولها : أن الله سبحانه لم يترك الناس سدى من غير أن يشرع لهم ما يكفل تحقيق مصالحهم ، فشرع لهم أحكاما في كتابه وعلى لسان رسوله ، وأحكاما هدى إليها أهل الذكر والعلم فلم يختلفوا فيها ، وأرشدهم إلى أنهم إن تنازعوا في شيء ليس فيه حكم لله ولا لرسوله ولم يجمع أهل العلم على حكم فيه ، أن يردوه إلى حكم الله ورسوله بالقياس عليه أو بأي طريق من طرق رده إليه ، وبهذا أكمل لهم شرعه وأتم عليهم نعمته وامتن عليهم بقوله : « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي » . ولو كانت مصالح الناس تحتاج إلى أكثر مما شرعه ومما أرشد إلى الاهتداء به لبينه ولم يتركه لأنه سبحانه قال على سبيل الاستنكار : « أيحسب الإنسان أن يترك سدى » .

وثانيها : أن المصالح الحقيقية للناس قد راعاها الشارع إما بتشريع أحكام لها ، وإما بالدلالة على اعتبارها لبناء التشريع عليها . فما لم يشرع الشارع له أحكاما من مصالح الناس، ولم يدل على اعتباره بوجه من وجوه الاعتبار لا يصح بناء تشريع عليه لأن الحكم إنما يكون شرعيا إذا شرعه الشارع أو بني على ما اعتبره الشارع أساسا لبناء الحكم عليه والاستصلاح هو حكم مبني على مصلحة لم يعتبرها الشارع فهو ليس بحكم شرعي .

وثالثها : أن المصلحة المرسلة أي المطلقة عن دليل اعتبار ودليل إلغاء هي مترددة بين الاعتبار والالغاء . ومحتملة لأن تلحق بالمعتبر أو بالملغى . وفي هذا الاحتمال مجال للأهواء والشهوات والأغراض، فقد يغلب على المرء هواه فيرى المفسدة مصلحة والمضرة منفعة . وقد تخفى على العقل بعض وجوه الضرر والفساد فيحكم على غير علم تام . فالإنسان مهما كمل لا يأمن من أن يغلب هواه عليه وأن يزين له السوء حسنا والعقل مهما نضج لا يأمن من أن تخفى عليه بعض وجوه النفع أو الضرر ، فالتشريع بناء على المصلحة المرسلة عرضة للزلل وباب للتشريع بالهوى .

وهذا المذهب يتفق وأصحاب مذهب التحسين والتقبيح الشرعيين الذين ذهبوا

إلى أن الحسن هو ما حسنه الشرع ، والقبيح ما قبحه الشرع . وما حسنه الشرع هو المطلوب للشارع فعله وهو الذى يثاب فاعله ، وما قبحه الشرع هو المطلوب للشارع الكف عنه وهو الذى يعاقب فاعله . و يتفق ومذهب أصحاب القانون الذين ذهبوا إلى أن مقياس الخير والشر القانون ، فما أمر به القانون أو أباحه فهو الخير وما منعه القانون فهو الشر . وأنا أورد بعض أقوال زعماء هذا المذهب لتتبين من أقوالهم وجهات نظرهم .

قال الإمام الشافعى : لا يجوز الحكم أو الإفتاء إلا من جهة خبر لازم وذلك الكتاب أو السنة . أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه . أو قياس على بعض هذا » فما أبطل به الاستحسان هو الذى أبطل به الاستصلاح وهو أن الحكم الشرعى لا يكون إلا عن نص أو إجماع أو قياس مبنى على علة اعتبرها الشارع لحكمه .

وقال الآمدى فى كتابه الإحكام : « المصالح على ما بينا منقسمة إلى ما عهد من الشارع اعتبارها ، و إلى ما عهد منه إلغاؤها . والمرسلة مترددة بين ذينك القسمين . وليس إلحاقها بأحدهما أولى من إلحاقها بالآخر فامتنع الاحتجاج بالمرسل دون شاهد بالاعتبار يبين أنه من قبيل المعتبر دون الملغي » .

وقال الغزالى فى كتابه المستصفى « هذا — أى القول بالمصالح — من الأصول الموهومة إذ من ظن أنه أصل خامس فقد أخطأ لأنا رددنا المصلحة إلى حفظ مقاصد الشرع . ومقاصد الشرع تعرف بالكتاب والسنة والإجماع فكل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة والإجماع وكانت من المصالح الغريبة التى لا تلائم تصرفات الشارع فهى باطلة مطروحة ، ومن صار إليها فقد شرع كما أن من استحسن فقد شرع . وكل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعى علم كونه مقصودا بالكتاب والسنة والاجماع فليس خارجا عن هذه الأصول — ثم قال : ما معناه : إذا فسرنا المصلحة المرسلة بالمصلحة الراجعة إلى حفظ مقصود شرعى فهم بالكتاب والسنة والإجماع فلا وجه للخلاف فى اتباعها . و يجب القطع بكونها حجة لأنها فى الحقيقة ليست مرسلة بل معتبرة من الشارع . و إذا فسرنا المصلحة المرسلة

بالمصلحة التى لا ترجع إلى حفظ مقصود شرعي فهم بالكتاب والسنة والإجماع فلا وجه لاتباعها ولا لبناء تشريع عليها — وختم بحثه بقوله: وبهذا تبين أن الاستصلاح ليس أصلا خامسا برأسه بل من استصلح فقد شرع كما أن من استحسن فقد شرع .

الطوفى ، ومذهبه ، وأدلته : الطوفى هو سليمان بن عبد القوى بن عبد الكريم ابن سعيد الطوفى الصرصرى البغدادى الحنبلى الأصولى الملقب بنجم الدين . ولد بقرية طوفى من أعمال صرصر بالعراق فى سنة ٦٧٣ ﻫ ونشأ بها. ثم رحل إلى بغداد وتثقف بعلمائها . ثم سافر إلى دمشق واجتمع فيها بابن تيمية ، ثم ذهب إلى مصر وقرأ على أبى حيان النحوى مختصره لكتاب سيبويه . وقد عرف عنه التشيع ونقد بعض كبار الصحابة والتطرف فى بعض آرائه ، وقد ابتلى من أجل هذا بالتعزير والتشهير والحبس ثم حج وأقام بمكة زمناً طويلا ، وله مؤلفات عديدة فى الحديث والأصول ، وتوفى ببلدة الخليل فى سنة ٧١٦ ﻫ ودفن بها .

ومن مؤلفات الطوفى رسالة فى رعاية المصالح المرسلة جعل محورها شرح حديث « لا ضرر ولا ضرار » وقد نشرت هذه الرسالة بالمجلد التاسع من مجلة المنار .

أما خلاصة ما ذهب إليه فى مراعاة المصلحة المرسلة فهى أنه قسم الأحكام الشرعية إلى قسمين : أحكام العبادات والمقدرات التى لا مجال للعقل فى فهم معانيها بالتفصيل . وهذه المعول عليه فيها نصوص القرآن والسنة وإجماع المجتهدين من الأمة . وأحكام المعاملات والسياسات الدنيوية التى للعقل مجال فى فهم معانيها والمقصود بها . وهذه المعول عليه فيها هو المصلحة أى جلب النفع ورفع الضرر فإذا لم يكن للشارع حكم فى وقائع منها حكمنا فيها بما يحقق المصلحة . وإذا كان للشارع حكم فى وقائع منها واتفق حكم نص الشارع والمصلحة التى تدركها عقولنا نفذنا النص ، وإذا كان حكم نص الشارع أو الإجماع لا يتفق والمصلحة التى تدركه عقولنا ولم يمكن الجمع بينهما فالمعول عليه هو المصلحة ، وهذه بعض عباراته أنقلها بنصوصها ليتبين منها مذهبه ووجهة نظره :

قال : « واعلم أن هذه الطريقة التى قررناها مستفيدين لها من الحديث المذكور —لاضرر ولا ضرار— ليست هى القول بالمصالح المرسلة على ما ذهب إليه مالك، بل هى أبلغ من ذلك . وهى التعويل على النصوص والإجماع فى العبادات والمقدرات . وعلى اعتبار المصالح فى المعاملات و باقى الأحكام ، و إنما اعتبرنا المصلحة فى المعاملات دون العبادات وشبهها لأن العبادات حق للشارع خاص به . ولا يمكن معرفة حقه كما و كيفا وزمانا ومكانا إلا من جهته فيأتى به العبد على ما رسم له . ولأن غلام أحدنا لا يعد مطيعا خادما له إلا إذا امتثل ما رسم سيده وفعل ما يعلم أنه يرضيه ، فكذلك ها هنا ، ولهذا لما تقيدت الفلاسفة بعقولهم ورفضوا الشرائع أسخطوا الله عز وجل وضلوا وأضلوا . وهذا بخلاف حقوق المكلفين فإن أحكامها سياسية شرعية وضعت لمصالحهم ، وكانت هى المعتبرة ، وعلى تخصيصها المعول » .

وقال : « المصلحة و باقى الأدلة إما أن تتفقا . أو تختلفا . فإن اتفقا فبها ونعمت كما اتفق النص والإجماع والمصلحة على إثبات الأحكام الكلية الخمسة وهى : قتل القاتل والمرتد . وقطع يد السارق . وحد القاذف والشارب . ونحو ذلك من الأحكام التى وافقت فيها الأدلة المصلحة . و إن اختلفا فإن أمكن الجمع بينهما بوجه ما جمع مثل أن تحمل بعض الأدلة على بعض الأحكام والأحوال دون بعض على وجه لا يخل بالمصلحة ولا يفضى إلى التلاعب بالأدلة أو بعضها . و إن تعذر الجمع بينهما قدمت المصلحة على غيرها لقوله صلى الله عليه وسلم . لا ضرر ولا ضرار . وهو خاص فى نفى الضرر المستلزم لرعاية المصلحة فيجب تقديمه . ولأن المصلحة هى المقصودة من سياسة المكلفين بإثبات الأحكام ، و باقى الأدلة كالوسائل ، والمقاصد واجبة التقديم على الوسائل » .

وخلاصة أدلته على ما ذهب إليه هى :

أولا ما ورد عن الشارع من نصوصه وتعليلات أحكامه الدالة على أنه ما قصد من تشريعه الأحكام إلا تحقيق مصالح الناس . مثل ولكم فى القصاص حياة . ومثل

ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج . وغير ذلك مما يدل على مقصود الشارع من تشريعه ، فإذا سكت عن حكم واقعة من وقائع معاملات الناس . وحقوقهم بعضهم على بعض . ونظمهم السياسية الدنيوية ، فقد أحالهم على عقولهم يستنبطون بها فى هذه الوقائع الأحكام التى تحقق مصالحهم وهى المقصودة للشارع من التشريع .

وهذا الدليل يتفق وما استدل به المالكية والحنابلة على رعاية المصلحة المرسلة فيما لا نص على حكمه ولا إجماع .

وثانيا ما ورد فى السنة الصحيحة من قوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فهذا نص خاص قاطع فى نفى كل ضرر وكل ضرار لأن النكرة فى سياق النفى من صيغ العموم . فإذا دل نص على حكم وكان تطبيق حكم هذا النص فى واقعة من الوقائع يستلزم ضرراً بأن كان يفوت مصلحة أو يجلب مفسدة يخصص النص بما عدا هذه الواقعة عملا بحديث لا ضرر ولا ضرار كما هو الشأن فى تعارض العام والخاص ، يعمل بالعام فيما عدا الخاص ، وعلى هذا لا يكون التعارض فى التحقيق بين النص والمصلحة ، وإنما هو بين النص . ونص لا ضرر ولا ضرار . ولا نكون أهملنا العمل بالنص مراعاة للعمل بالمصلحة ، وإنما خصصنا عموم النص أو قيدنا إطلاقه بنص الحديث لا ضرر ولا ضرار . وكأن الشارع لما شرع أحكامه فى المعاملات والسياسة الدنيوية قيد تنفيذها بما إذا لم يستلزم تنفيذها ضررا ، ودل على هذا التقييد بقوله لا ضرر ولا ضرار .

وثالثا أن النصوص والإجماع وسائر الأدلة والأمارات الشرعية إنما هى وسائل لتحقيق مصالح الناس ، ورعاية المصلحة هى من أدلة الأحكام والأمارات عليها ، فإذا عملنا بالمصلحة فى مقابلة ما دل عليه دليل من هذه الأدلة فنحن نعمل بدليل راجح فى مقابلة دليل مرجوع ، لأن المصلحة هى المقصودة والمقاصد واجبة التقديم على الوسائل. ولهذا نسخت بعض الأحكام الشرعية بأخرى رعاية لتبدل المصالح .

<u>شروط المصلحة التى يبنى عليها التشريع</u> : من يحتجون بالمصلحة المرسلة لم

تركوها مطلقة عن كل قيد وشرط بل احتاطوا وشرطوا فيها شروطا تحول دون اتخاذها ذريعة للأهواء والمظالم والعبث بالتشريع لأن اعتبار المصلحة أمر تقديرى فما لم يحتط فيه كان سبيل الزلل .

الشرط الأول : أن يثبت بالبحث و إنعام النظر والاستقراء أنها مصلحة حقيقية لا وهمية . أى أن بناء الحكم عليها يجلب نفعا أو يدفع ضرراً لأنها بهذا تكون مصلحة متفقة فى الجملة والمصالح التى قصدها الشارع ، وأما مجرد توهم المصلحة من غير بحث دقيق ولا استقراء شامل ومن غير موازنة عادلة بين وجوه النفع ووجوه الضرر . فهذه مصلحة وهمية لا يسوغ بناء التشريع عليها . فمن يتوهم المصلحة فى سلب الزوج حق التطليق وجعل التطليق للقاضى . أو فى منح الزوجة حق التطليق وجعلها مساوية للزوج فيه ، لا يصح له التشريع بناء على مجرد هذا التوهم بل لا بد من البحث الدقيق والاستقراء والموازنة بين المنافع والمضار ، وكذا كل مصلحة يتجه الرأى إلى التشريع لتحقيقها .

الشرط الثانى : أن تكون هذه المصلحة الحقيقية عامة ، أى ليست مصلحة شخصية أى أن بناء الحكم عليها يجلب نفعا لأكثر الناس ، أو يدفع ضررا عن أكثرهم . وأما المصلحة التى هى نفع لأمير أو عظيم أو أى فرد بصرف النظر عن أكثر الناس فلا يصح بناء التشريع عليها لأنها إذا كانت عامة كانت مقصودة للشارع ولو كانت فيها مضرة لفرد أو أفراد .

الشرط الثالث : أن تكون هذه المصلحة الحقيقية العامة لا يعارض التشريع لها نصا ولا إجماعا . فلا تصح رعاية المصلحة فى مساواة الابن بالبنت فى الإرث، ولا فى تعديل فروض أصحاب الفروض فى الإرث ، ولا فى تغيير أى حكم ثبت بالنص أو الإجماع لأن الحكم الذى ثبت بالنص أو الإجماع ما قصد به إلا المصلحة ، وهى مصلحة حقيقية عامة بتقدير الشارع أو بتقدير المجتهدين متفقين . فالمصلحة التى تعارض هذا الحكم يغلب أن تكون وهمية ، ولا يعدل عن مصلحة حقيقية بمصلحة وهمية .

موازنة — ومن الموازنة بين المذاهب الثلاثة فى الاستصلاح يتبين أن الذين لا يحتجون

بالمصلحة المرسلة إطلاقا لا فيما لا نص على حكمه . ولا فيما ورد نص بحكمه . قدسدوا بابا من أبواب اليسر ورفع الحرج فى التشريع ، وأظهروا الشريعة قاصرة عن مصالح الناس وعن مسايرة التطورات ، ودعواهم أن الشريعة كفلت كل مصلحة فى أى زمن وأية بيئة إنما تسلم لهم إذا اعتبروا المصلحة سنداً للتشريع وسلموا بأنه حيث توجد المصلحة فثم شرع الله ، و بهذا أكمل الله للمسلمين دينهم لأنه شرع لهم أحكاماً فى وقائع ، ومهد لهم عدة سبل للوصول إلى أحكام ما لم يشرع فيه ، وجعل من هذه السبل أن يتوخوا مصلحتهم حيث كانت — وأن الطوفى الذى يحتج بالمصلحة المرسلة إطلاقا فيما لا نص فيه . وفيما فيه نص قد فتح بابا للقضاء على النصوص . وجعل حكم النص أو الإجماع عرضة للنسخ بالرأى لأن اعتبار المصلحة ما هو إلا مجرد رأى وتقدير . وربما قدر العقل مصلحة ، و بالروية والبحث قدرها مفسدة . فتعريض النصوص لنسخ أحكامها بالآراء وتقدير العقول خطر على الشرائع الإلهية وعلى كل القوانين . ثم هو قد سلم أن العبادات والمقدرات لا مجال للاستصلاح فيها ، وسلم أن الأحكام الكلية التى شرعت لحفظ الضروريات والحاجيات لا مجال فيها أيضا للاستصلاح لأنها متفقة دائما والمصلحة . ولم يورد أى مثال لجزئية ورد نص بحكمها وعارض هذا الحكم المصلحة ليتبين مقياس المصلحة فى رأيه وعلى أى ضوء يقدرها .

وخير المذاهب الثلاثة مذهب من يحتجون بالاستصلاح فى الوقائع التى لا حكم فيها بنص ولا إجماع ، إذا كانت المصلحة التى قصدت بالتشريع لها قد ثبت بالبحث والاستقراء أنها مصلحة حقيقية عامة فإن الحكم المبنى عليها حكم شرعى لأنه يحقق ما قصد إليه الشارع بالتشريع وهو مصالح الناس .

رأى الغزالى : حجة الإسلام الغزالى من أتباع الشافعى فى إنكار الاحتجاج بالاستصلاح . وقد قرر أن من استحسن فقد شرع ، ومن استصلح فقد شرع ، ولكنه فرض أن المصلحة فى بعض الحالات قد تعارض حكم النص أو الإجماع فوضع قانونا للترجيح عند التعارض وقال : إذا عارضت مصلحة حكما ثبت بالنص أو الإجماع

ذا فى الحقيقة تعارض بين مصلحتين : مصلحة حكم النص أو الإجماع ، والمصلحة
عارضة ، فإذا ترجحت المصلحة المعارضة بمرجحاتها روعيت وعدل عن حكم النص
الإجماع . ومرجحات المصلحة المعارضة أمور ثلاثة : أن تكون ضرورية . وقطعية
كلية . ومثل لهذا بما إذا تترس الكفار ببعض الأسرى من المسلمين . وعلم أن المسلمين
ستأصلون إذا لم يرموا من تترس بهم الكفار من المسلمين ، فإنه يباح لهم رمى المسلمين
تترس بهم ، فهذه الإباحة تعارض حكما ثبت بالنص وهو تحريم قتل المسلم . ولكنها
صلحة ضرورية هى حفظ حياة جميع المسلمين . وقطعية لأننا قطعنا بأننا لو لم نرم من
رسوا بهم من المسلمين استؤصل المسلمون . وكلية لأنها لا تتعلق بنجاة فرد أو أفراد
لاف ما لو تترس أهل قلعة ببعض أسرى المسلمين لا يباح رمى المسلم المتترس به
وصول إلى فتح القلعة ، لأن فتحها ليس ضروريا لحياة المسلمين . و بخلاف ما لو خيف
ظن أننا لو لم نرم الأسرى استؤصلنا ، لأن هذا الظن أو الخوف لا يجعل المصلحة
عية . و بخلاف ما لو زاد عدد راكبى سفينة عن حمولتها ولو لم يرم أحدهم غرقوا
يباح هذا الرمى لأن المصلحة جزئية .

فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة في المصلحة التى عارضت حكم النص روعيت
دل عن حكم النص وكان اعتبارا لأرجح المصلحتين . وفى الحقيقة ينبغى أن يكون
ا رأى العلماء جميعهم لا رأى الغزالى وحده ، لأن الحال التى توافرت فيها هذه الأمور
لاثة هي حال الضرورة ، والضرورات تبيح المحظورات .

وجميع الأحكام الشرعية إنما كلف بها المكلفون فى حال الاختبار . ومن
فق عليه أن أخف الضررين يرتكب لاتقاء أشدهما ، والضرر الخاص يتحمل دفعاً
ضرر العام . ولهذا يقتل القاتل حفظا لحياة الناس ، وتقطع يد السارق حفظا لأموالهم
ضحى المصلحة الخاصة فى سبيل المصلحة العامة .

خلاصة : والذى أستخلصه من مختلف الآراء والمذاهب فى الاستصلاح ، وأرى أنه
حق هو أن الوقائع التى لا نص على أحكامها ولا إجماع يحكم فيها بما يحقق المصلحة

التى ثبت بالبحث والاستقراء والموازنة أنها مصلحة حقيقة عامة ، ويكون هذا الحكم حكما شرعياً ، لأنه حقق مقصود الشرع . وجاء على سننه . والوقائع التى فيها حكم بنص أو إجماع لايعدل عن أحكامها إلا فى حال الضرورة وهي إذا كان حكم النص أو الإجماع يعارض مصلحة ضرورية قطعية كلية ، فإنه يعدل عن حكم النص فى هذه الجزئية للضرورة إلى ما يخالفه ، ويكون هذا الحكم المخالف هو الحكم الشرعى فى هذه الجزئية ، لأن مواضع الضرورات مستثنيات ، والضرورات تبيح المحظورات .

وتقدير المصلحة الحقيقية العامة التى يحكم بناء عليها فيما لاحكم فيه بنص أو إجماع وتقدير المصلحة الضرورية القطعية الكلية التى يعدل عن حكم النص مراعاة لها لابد أن يكونا برأى الجماعة التشريعية المكونة من أهل الاجتهاد والنظر . ولا يعتد فيهما برأى الفرد ، ولا برأى جماعة ليسوا من أهل الاجتهاد . وهذا هو سبيل الحق والسداد .

الاستصحاب

تعريفه : الاستصحاب فى اللغة طلب المصاحبة . وفى اصطلاح الأصوليين : هو الحكم على الشىء بالحال التى كان عليها من قبل حتى يقوم دليل على تغير تلك الحال ، أو هو جعل الحكم الذى كان ثابتا فى الماضى باقيا فى الحال حتى يقوم دليل على تغيره

فإذا سئل المجتهد عن حكم عقد أو تصرف ولم يجد نصا فى القرآن أو السنة ولا أى دليل شرعى يدل على حكمه ، حكم بإباحة هذا العقد أو التصرف بناء على أن الأصل فى الأشياء الإباحة ، وهى الحال التى خلق الله عليها ما فى الأرض جميعه ، فما لم يقم دليل على تغيرها فالشىء على إباحته الأصلية .

وإذا سئل المجتهد عن حكم حيوان أو جماد أو نبات أو أى طعام أو شراب

و عمل من الأعمال ، ولم يجد دليلا شرعيا على حكمه ؛ حكم بإباحته . لأن الإباحة
ى الأصل ، ولم يقم دليل على تغيره .

وإنما كان الأصل فى الأشياء الإباحة لأن الله سبحانه قال فى كتابه الكريم :
« هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا » . وصرح فى عدة آيات بأنه سخر
لناس ما فى السموات وما فى الأرض ؛ ولا يكون ما فى الأرض مخلوقا للناس ومسخرا
لهم إلا إذا كان مباحا لهم . لأنه لو كان محظورا عليهم ما كان لهم .

حجيته : الاستصحاب آخر دليل شرعى يلجأ إليه المجتهد لمعرفة حكم
ما عرض له . ولهذا قال الأصوليون : إنه آخر مدار الفتوى . وهو الحكم على
الشيء بما كان ثابتا له ما دام لم يقم دليل يغيره . وهذا طريق فى الاستدلال قد فطر
عليه الناس ، وساروا عليه فى جميع تصرفاتهم وأحكامهم . فمن عرف إنسانا حيا
حكم بحياته و بنى تصرفاته على هذه الحياة حتى يقوم الدليل على وفاته . ومن عرف
فلانة زوجة فلان شهد بالزوجية ما دام لم يقم له دليل على إنتهائها . وهكذا كل من
علم وجود أمر حكم بوجوده حتى يقوم الدليل على عدمه . ومن علم عدم أمر حكم
بعدمه حتى يقوم الدليل على وجوده .

وقد درج على هذا القضاء . فالملك الثابت لأى إنسان بسبب من أسباب الملك
يعتبر قائما حتى يثبت ما يزيله ؛ والحل الثابت للزوجين بعقد الزواج يعتبر قائما حتى
يثبت ما يزيله : والذمة المشغولة بدين أو بأى التزام تعتبر مشغولة به حتى يثبت
ما يخليها منه ، والذمة البريئة من شغلها بدين أو التزام تعتبر بريئة حتى يثبت
ما يشغلها . والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره .

وعلى هذا الاستصحاب بينت المادة ١٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ،
ونصها : « تكفى الشهادة بالدين ، وإن لم يصرح ببقائه فى ذمة المدين ، وكذا
الشهادة بالعين » . والمادة ١٨١ منها ونصها : تكفى الشهادة بالوصية أو الإيصاء وإن
لم يصرح بإصرار الموصى إلى وقت الوفاة » .

وعلى الاستصحاب بنيت الميادىء الشرعية الآتية :

الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره — الأصل فى الأشياء الإباحة — ما ثبت باليقين لا يزول بالشك — الأصل فى الإنسان البراءة .

والحق أن عد الاستصحاب دليلا على الحكم فيه تجوز لأن الدليل فى الحقيقة هو الدليل الذى ثبت به الحكم السابق ، وما الاستصحاب إلا استبقاء هذا الحكم. وقد قرر علماء الحنفية أن الاستصحاب حجة للدفع لا للإثبات ، ومرادهم بهذا أنه حجة على بقاء ما كان على ما كان ، ودفع ما يخالفه حتى يقوم دليل يثبت هذا الذى يخالفه ، وليس حجة لإثبات أمر غير ثابت ، ويوضح هذا ما قرروه فى المفقود وهو الغائب الذى لا يدرى مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته . فهذا المفقود يحكم بأنه حى باستصحاب الحال التى عرف بها حتى يقوم دليل على وفاته . وهذا الاستصحاب الذى دل على حياته حجة تدفع عنه بها دعوى وفاته والإرث منه ، وفسخ إجارته ، وطلاق زوجته ، ولكنه ليس حجة لإثبات إرثه من غيره ، لأن حياته الثابتة بالاستصحاب حياة اعتبارية لا حقيقية . ولهذا الايرث فعلا من غيره بل يوقف نصيبه حتى تتبين حاله .

وكما بدأنا بحمد الله نختم بحمد الله ونسأله سبحانه أن يتقبل عملنا بقبول حسن وأن يجعله خالصاً لوجهه نافعا من أراد الانتفاع به .